



HAL
open science

La gestion des risques juridiques bancaires : étude appliquée aux obligations d'information, de mise en garde et de conseil

Mihaela Varnav

► **To cite this version:**

Mihaela Varnav. La gestion des risques juridiques bancaires : étude appliquée aux obligations d'information, de mise en garde et de conseil. Droit. Université Panthéon-Sorbonne - Paris I, 2014. Français. NNT : 2014PA010281 . tel-01629388

HAL Id: tel-01629388

<https://theses.hal.science/tel-01629388v1>

Submitted on 6 Nov 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.

Université Paris I - Panthéon Sorbonne

Sciences économiques – Sciences humaines – Sciences juridiques et politiques

U.F.R. 05 – Droit des affaires

LA GESTION DES RISQUES JURIDIQUES BANCAIRES

ETUDE APPLIQUEE AUX

OBLIGATIONS D'INFORMATION, DE MISE EN GARDE ET DE CONSEIL

Thèse pour le Doctorat en droit de l'Université de Paris I

Présentée et soutenue publiquement

le 10 juillet 2014

par

Mihaela Varnav

Directeur de recherches : Monsieur Grégoire Loiseau,
Professeur à l'Université de Paris I - Panthéon-Sorbonne

Membres du jury : Monsieur Thierry Bonneau
Professeur à l'Université Paris 2 (Panthéon-Assas)
Monsieur Bertrand Fages
Professeur à l'Université Paris 1 (Panthéon-Sorbonne)
Monsieur Pierre-Grégoire Marly, rapporteur
Professeur à l'Université du Maine
Madame Natacha Sauphanor – Brouillaud, rapporteur
Professeur à l'Université Versailles Saint-Quentin-en-Yvelines

L'Université Paris I n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse. Ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

Motto :

« Ainsi, je puis dire que s'interroger sans répondre est plus vrai que de ne pas s'interroger. Je trouve aussi dans les livres qu'il m'arrive de lire que les réponses ne comblent jamais les questions, que tout problème semble faussement résolu. Tous les dogmatismes sont provisoires. Non seulement ils me semblent provisoires, mais j'ai l'impression aussi qu'il sont un système d'hypothèses, de suppositions, de façons de voir, de vues de l'esprit, pouvant être remplacés par d'autres idéologies ou vues de l'esprit. On s'explique les choses comme on peut. »¹

Eugène Ionesco

« Je connais également le risque que j'encours en tâchant d'y répondre tout seul. Je vais dire ce qui a déjà été dit et rien de nouveau ni d'intéressant ne sortira peut-être de mon témoignage. Mais il faut bien courir ce risque. Tant pis pour moi, tant pis pour vous. Les impulsions les plus contradictoires ou complémentaires, tout me porte donc à écrire : l'orgueil, la volonté de puissance, la détestation, le désir de me racheter, l'amour, l'angoisse, la nostalgie, le désarroi, la confiance, le manque de confiance, la certitude de ce que j'affirme, l'incertitude, le désir ardent d'être éclairé, le désir d'éclairer, l'amusement (mais si c'est pour m'amuser, pourquoi alors cette fatigue insurmontable quand je travaille ?), l'humilité. »²

Eugène Ionesco

¹ E. IONESCO, *Notes et contre-notes*, Gallimard, coll. Idées, 1972, p. 20

² *idem*, pp. 15-16.

Table des abréviations

Pour faciliter la lecture, nous avons tenté de limiter l'utilisation des abréviations. Cela n'a, malheureusement, pas toujours été possible. Vous trouverez ci-dessous une liste des principales abréviations utilisées.

al.	Alinéa
ALD	Actualité législative Dalloz
Argus	L'argus
Art.	Article
Banque	Banque
Banque et droit	Banque et droit
BRDA	Bulletin rapide de droit des affaires
BSJ	Bulletin social & juridique (Belgique)
Bulletin d'actualités Lamy	Bulletin d'actualités Lamy
Bull. civ.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation (chambres civiles)
Bull. civ. ass. plén.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation (assemblée plénière)
Bull. civ. ch. mixte	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation (chambre mixte)
Bull. crim.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation (chambre criminelle)
Bull. inf. C. cass.	Bulletin d'information de la Cour de cassation
BJB	Bulletin Joly Bourse
Bull. Joly Sociétés	Bulletin Joly Sociétés
CA	Cour d'appel
Cass. 2 ^e civ.	Cour de cassation, 2 ^e chambre civile
Cass. 3 ^e civ.	Cour de cassation, 3 ^e chambre civile
Cass. ass. plén.	Cour de cassation, assemblée plénière
Cass. ch. mixte	Cour de cassation, chambre mixte
Cass. ch. réunies	Cour de cassation, chambres réunies
Cass. com.	Cour de cassation, chambre commerciale
Cass. crim.	Cour de cassation, chambre criminelle
CE	Conseil d'Etat
CEDH	Cour européenne des droits de l'homme
C.J.	Cahier du juriste/ Cahier van de jurist (Belgique)
CJCE	Cour de justice des Communautés européennes
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
Comm. CE	Communication de la Commission européenne
Comm. com. électr.	Communication commerce électronique
Cons. const.	Conseil constitutionnel
Contrats, conc., consom.	Contrats, concurrence, consommation
D.	Recueil Dalloz Sirey
D. actualités	Dalloz actualités
D. aff.	Dalloz affaires
Déc. du Conseil	Décision communautaire (Conseil)
Defrénois	Répertoire du notariat Defrénois
Doc. AN	Document parlementaire - Assemblée nationale

Dr. banc. fin.	Droit bancaire et financier (Belgique)
Dr. & patr.	Droit & patrimoine
Gaz. Pal.	Gazette du Palais
JBB	Jeune Barreau de Bruxelles (Belgique)
J.B.L.	Jeune Barreau de Liège (Belgique)
J.-Cl.	Juris-Classeur
JCP CI	Juris-Classeur périodique, édition commerce et industrie
JCP E	La semaine juridique, édition entreprise
JCP G	La semaine juridique édition générale
JO	Journal officiel, Lois et décrets
JOAN CR	Journal officiel (compte-rendus), Assemblée nationale
JOAN Q.	Journal officiel (questions réponses), Assemblée nationale
JOCE	Journal officiel des Communautés européennes
JOUE	Journal officiel de l'Union européenne
JT (B)	Journal des tribunaux (Belgique)
LPA	Les petites affiches
MB	Moniteur belge (Belgique)
Pas.	Pasicrisie belge (Belgique)
PDEC	Principes européens du droit du contrat
RCJB /Rev. crit. jur	Revue critique de jurisprudence belge (Belgique)
RD bancaire et fin.	Revue de droit bancaire et financier
RDC	Revue des contrats
RDCB	Revue de droit commercial belge (Belgique)
Rec. Cons. const.	Recueil des décisions du Conseil constitutionnel
Rép. civ. Dalloz	Dalloz (Encyclopédie) - civil
Rép. com. Dalloz	Dalloz (Encyclopédie) - commercial
Rép. intern. Dalloz	Dalloz (Encyclopédie) - international
Rev. sociétés	Revue des sociétés
RGDA	Revue générale du droit des assurances
RJDA	Revue de jurisprudence de droit des affaires
RLDA/ Rev. Lamy dr. aff.	Revue Lamy droit des affaires
RLDC	Revue Lamy droit civil
RRJ	Revue de recherche juridique et de droit prospectif
RTD civ.	Revue trimestrielle de droit civil
RTD com.	Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique
RTD eur.	Revue trimestrielle de droit européen
SARL	Société à responsabilité limitée
SCI	Société civile immobilière
TGI	Tribunal de grande instance
TI	Tribunal d'instance

Plan général

Introduction	13
Première partie : Gestion des risques juridiques bancaires	31
Titre I : Détermination de la notion de risque juridique bancaire	33
Chapitre I - La notion de risque en économie et en droit.....	33
Section I – Le risque et l'économie	35
Section II – Le risque et le droit.....	39
Chapitre II: Les risques de la banque.....	78
Section 1 : Division des risques bancaires	79
Section 2 : Le risque juridique bancaire- composante du risque bancaire opérationnel.....	86
Titre II : Détermination des enjeux et de la méthodologie générale de la gestion du risque juridique bancaire	113
Chapitre I Les principaux enjeux de la gestion du risque opérationnel.....	114
Section I : La surveillance des banques.....	114
Section II : La réglementation en matière de capitaux propres	155
Chapitre II : Application de la méthodologie générale de la théorie de gestion des risques au cas du risque juridique bancaire.....	172
Section I : La méthodologie générale de la théorie économique de gestion des risques	172
Section II: Application de la méthodologie générale de la gestion des risques au cas du risque juridique bancaire	201
Deuxième partie : Application de la méthodologie de la gestion des risques aux obligations d'information, de mise en garde et de conseil du banquier	232
Titre I : Fondements économiques, juridiques et sociaux	233
Chapitre I : Fondements économiques	234
Section I : Du libéralisme classique à la doctrine économique du marché fonctionnel.....	235
Section II : Les obligations d'information, de mise en garde et de conseil du banquier - instruments de correction des imperfections du marché	274
Chapitre II : Fondements social et juridique.....	285
Section I : Fondements sociaux	286
Section II : Fondements juridiques	288
Titre II : Obligations d'information, de mise en garde et de conseil du banquier : contraintes et boucliers	310
Chapitre I : Les obligations d'information, de mise en garde et de conseil du banquier : analyse juridique et illustration du risque opérationnel juridique	311
Section I : L'obligation d'information du banquier envers ses clients.....	315
Section II : L'obligation de mise en garde du banquier envers ses clients.....	384
Section III: L'obligation de conseil du banquier envers ses clients.....	405
Chapitre II : Traitement et gestion des risques opérationnels juridiques	451
Section I : Traitement des risques juridiques.....	451
Section II Gestion des risques juridiques.....	467
CONCLUSION GENERALE	483

Introduction

I. Objet de l'étude

1. Raisons d'être. Inédit, actuel et pratique, telles étaient les trois exigences que nous nous étions fixées à l'heure de commencer l'écriture d'une thèse. Ces exigences sont devenues autant de raisons pour lesquelles nous avons choisi de traiter de la gestion des risques juridiques bancaires liés aux obligations d'information, de mise en garde et de conseil du banquier.

Inédit tout d'abord car, paradoxalement, il n'existe pas d'ouvrages consacrés à la gestion des risques juridiques bancaires liés aux obligations d'information, de mise en garde et de conseil du banquier. Pourtant, l'offre d'études dédiées à ces obligations s'est extraordinairement diversifiée au cours des dernières années, preuve que le sujet est d'actualité. Quant à la gestion des risques juridiques au sens strict, plus connue sous le vocable du *legal risk management*, les ouvrages de gestion des risques financiers ne l'abordent que brièvement et se limitent au traitement des questions quantitatives et économiques. Il n'y a donc pas eu d'études consacrées aux sujets juridiques bancaires qui intéressent de près les professionnels de droit bancaire. Cette étude vise donc à compléter cette offre, en essayant de faire de la gestion des risques un sujet à la portée de la compréhension de tout juriste, en évitant les formules mathématiques quantitatives en la matière, sans pour autant négliger les concepts fondateurs de l'analyse des risques.

Actuel ensuite car le secteur bancaire est sujet depuis quelque temps à des modifications radicales. En effet, les crises bancaire, financière, économique ont eu des conséquences majeures sur l'architecture de la supervision bancaire, la régulation et la séparation des activités bancaires, la réglementation en matière de fonds propres et les exigences de plus en plus accrues de transparence.

Pratique enfin car cette thèse vise à partager une expérience professionnelle pratique dans le domaine de la gestion des risques juridiques, acquise au sein d'un grand établissement de crédit français.

2. Délimitation du sujet. Nous traiterons de la gestion des risques juridiques attachés aux obligations contractuelles d'information, de mise en garde et de conseil du banquier. Nous n'envisagerons que les obligations à l'égard des clients de détail, à savoir des consommateurs, non-professionnels, investisseurs et épargnants. Nous ne nous préoccuperons donc pas des obligations d'information envers les autorités de tutelle ou envers les tiers, malgré le risque juridique important qui pèse aussi sur les banques à ce titre. En revanche, traitant des obligations d'information, de mise en garde et de conseil des établissements de crédit à

l'égard de leur clientèle particulière, nous les envisagerons dans une perspective inédite, à l'aune de la méthodologie générale de la gestion des risques. Cette approche est d'autant plus importante que la théorie économique de gestion des risques ou *risk management* fournit les outils nécessaires à l'identification, à la quantification et au traitement des risques de toute entreprise. Or, aux termes de la loi les banques doivent gérer efficacement les risques qu'elles encourent, y compris juridiques, afin qu'elles puissent fixer un niveau équilibré et approprié de fonds propres. L'enjeu de cet exercice délicat ne se résume pas à la réputation de la banque, ni aux sanctions de la part des autorités de tutelle pour le non-respect de la réglementation : c'est surtout une question de solvabilité et, donc, de survie. Notre thèse place dès lors l'étude des obligations d'information, de mise en garde et de conseil au cœur de la problématique de la gestion des risques bancaires.

3. Analyse de nombreuses branches du droit. C'est dans le droit des contrats que les obligations d'information, de mise en garde et de conseil du banquier à l'égard de ses clients trouvent leurs racines. Mais elles transcendent le droit commun, faisant l'objet de nombreuses dispositions issues du droit spécial. Ainsi, nous allons mettre en exergue les caractéristiques des obligations découvertes par la jurisprudence sur le fondement du droit civil et des obligations émanant du droit de la consommation et du droit bancaire et financier. Nous allons également montrer les influences réciproques des différentes branches du droit et présenter les enseignements qu'il faut en tirer.

4. Banque – notion. Dans le cadre de ce travail, il est maintes fois fait référence aux termes de « banque » et « établissement de crédit ». L'entrée en application le 1^{er} janvier 2014 du règlement (UE) n° 575/2013 du 26 juin 2013³ harmonise, entre autres, la notion d'établissement de crédit à l'échelle de l'Union européenne. L'inclusion des définitions fondamentales pour la réglementation bancaire européenne dans un règlement et non plus dans des directives comme auparavant révèle la volonté politique de construire une véritable union bancaire. Anticipant cette évolution, l'ordonnance n°2013-544 du 27 juin 2013 a modifié le Code monétaire et financier pour aligner le droit français aux nouvelles exigences communautaires⁴. De son côté, l'ancien article L511-1 du Code monétaire et financier définissait les établissements de crédit comme les « *personnes morales qui effectuent à titre de profession habituelle des opérations de banque* », comprenant la réception de fonds du

³ Règlement (UE) n° 575/2013 du 26 juin 2013 du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 concernant les exigences prudentielles applicables aux établissements de crédit et aux entreprises d'investissement et modifiant le règlement (UE) n° 648/2012 : au sens de ce règlement on entend par "établissement de crédit" : « une entreprise dont l'activité consiste à recevoir du public des dépôts ou d'autres fonds remboursables et à octroyer des crédits pour son propre compte » ; Il s'agit du règlement dit « CRR » (pour Capital Requirements Regulation) qui fait partie du « paquet CRD IV » (pour Capital Requirements Directive » ; Voir *infra* n° 241.

⁴ Ordonnance n°2013-544 du 27 juin 2013 relative aux établissements de crédits et aux sociétés de financements, JO 28 juin et rect. 6 juill. 2013 ; Voir aussi le *Rapport au président de la République relatif à l'ordonnance n° 2013-544 du 27 juin 2013 relative aux établissements de crédit et aux sociétés de financement JO n°0148 du 28 juin 2013, page 10680, texte n° 8, NOR: EFIT1309910P* ; Voir Th. BONNEAU, « La réforme des établissements de crédit. Commentaire de l'ordonnance du 27 juin 2013 » : *JCP E* 2013, 1429.

public, les opérations de crédit, ainsi que les services bancaires de paiement⁵. La redéfinition comporte donc la condition du cumul de deux activités : l'octroi de crédit et la collecte des fonds remboursables. Depuis le 1^{er} janvier 2014, les établissements de crédit français sont définis comme les « *personnes morales dont l'activité consiste, pour leur propre compte et à titre de profession habituelle, à recevoir des fonds remboursables du public mentionnés à l'article L. 312-2 et à octroyer des crédits mentionnés à l'article L. 313-1* » du Code monétaire et financier⁶. Par « opérations de banques » nous devons comprendre « *la réception de fonds remboursables du public, les opérations de crédit, ainsi que les services bancaires de paiement* »⁷. Précisons également que l'article L. 311-2 du Code monétaire et financier autorise une série d'activités connexes aux opérations de banques susmentionnées dont le placement, la souscription, l'achat, la gestion, la garde et la vente de valeurs mobilières et de tout produit financier, le conseil et l'assistance en matière de gestion financière, l'ingénierie financière, ainsi que la fourniture des services d'investissement⁸.

⁵ Il s'agissait de la définition consacrée par l'article 1er de la loi n° 84-46 du 24 janvier 1984 relative à l'activité et au contrôle des établissements de crédit, *JO* du 25 janvier 1984 page 390.

⁶ En Belgique, les établissements de crédit sont définis par l'art. 1, §3 de la nouvelle loi relative au statut et au contrôle des établissements de crédit du 25 avril 2014, *MB* du 7 mai 2014, comme étant : « les entreprises belges ou étrangères dont l'activité consiste à recevoir du public des dépôts d'argent ou d'autres fonds remboursables et à octroyer des crédits pour leur propre compte » ; Concernant la chronologie de la nouvelle loi bancaire belge, précisons que le gouvernement belge a déposé un projet de loi relative au statut et au contrôle des établissements de crédit le 26 février 2014 à la Chambre des représentants. Le texte a été adopté par la Chambre des représentants le 3 avril 2014, étant transmis ensuite au Sénat qui l'a adopté le 24 avril 2014 en séance plénière, sans amendement ; Sur le sujet de la nouvelle loi bancaire belge voir notamment : Chambre des représentants de Belgique, DOC 53 3406/007 ; Sénat, Belgique, S. 5-2841 ; Banque Nationale de Belgique, *Rapport annuel*, 2013 ; Banque Nationale de Belgique, *Réformes bancaires structurelles en Belgique: rapport final*, juillet 2013, disponible sur la page internet : <http://www.nbb.be/doc/ts/publications/NBBReport/2013/StructuralBankingReformsFR.pdf> (page consultée le 29 avril 2014) ; Aux termes de l'art. 1, §2, la loi « a pour objet de régler, dans un but de protection de l'épargne publique et de la solidité et du bon fonctionnement du système financier, l'établissement, l'activité et le contrôle des établissements de crédit opérant en Belgique. A cet égard, elle précise la mission de contrôle de la Banque Nationale de Belgique, en sa qualité d'autorité compétente nationale, dans le cadre du Mécanisme de surveillance unique. La présente loi assure la transposition de la Directive 2013/36/UE ainsi que la transposition partielle, limitée aux établissements de crédit, de la directive 2011/89/UE du Parlement européen et du Conseil du 16 novembre 2011 modifiant les Directives 98/78/CE, 2002/87/CE, 2006/48/CE et 2009/138/CE en ce qui concerne la surveillance complémentaire des entités financières des conglomérats financiers (FICOD I) ». Il s'agit d'une refonte en profondeur de la loi bancaire du 22 mars 1993 et son entrée en vigueur devra s'accompagner d'une importante partie réglementaire. Pour la législation antérieure, la loi du 22 mars 1993 relative au statut et au contrôle des établissements de crédit, *MB* 19 avril 1993.

⁷ Nouvel article L 311-1 du Code monétaire et financier

⁸ Les établissements de crédit peuvent effectuer les opérations connexes à leur activité telles que :
1. Les opérations de change ; 2. Les opérations sur or, métaux précieux et pièces ; 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 ; 5. Le conseil et l'assistance en matière de gestion financière, l'ingénierie financière et d'une manière générale tous les services destinés à faciliter la création et le développement des entreprises, sous réserve des dispositions législatives relatives à l'exercice illégal de certaines professions ; 6. Les opérations de location simple de biens mobiliers ou immobiliers pour les établissements habilités à effectuer des opérations de crédit-bail ; 7. Les services de paiement mentionnés au II de l'art. L. 314-1 Code monétaire et financier. Lorsqu'il constitue la fourniture de services d'investissement au

Cette clarification en appelle une autre relative aux entreprises qui octroient des crédits sans collecter de fonds remboursables du public. Pour permettre à ces entités « *de continuer à exercer leur activité en France* »⁹, l'ordonnance du 27 juin 2013 précitée a créé « *un nouveau statut national de société de financement* »¹⁰ qui « *s'inspire autant que possible de celui des établissements de crédit* »¹¹. Notons que l'ordonnance n° 2014-158 du 20 février 2014 a étendu les dispositions de la directive européenne n° 2013/36/UE du 26 juin 2013, dite directive « CRD IV », concernant l'accès à l'activité des établissements de crédit et la surveillance prudentielle des établissements de crédit et des entreprises d'investissement, aux sociétés de financement¹². Le législateur français a ainsi choisi d'appliquer, autant que possible, le même régime juridique aux établissements de crédit et aux sociétés de financement, notamment en matière d'octroi de crédit, de surveillance et de gestion des risques¹³.

Il convient de préciser que notre étude concerne la triple casquette du banquier, à la fois gestionnaire des comptes, dispensateur de crédit et prestataire des services d'investissement, en matière des obligations d'information, de mise en garde et du conseil à l'égard de sa clientèle particulière. Soulignons qu'en France la nouvelle loi de séparation et de régulation des activités bancaires¹⁴ du 26 juillet 2013, même en interdisant certaines activités

sens de l'art. L. 321-1 Code monétaire et financier, l'exercice des opérations connexes et de l'activité de conservation est subordonné à l'agrément préalable prévu à l'art. L. 532-1 du Code monétaire et financier.

⁹ *Rapport au président de la République relatif à l'ordonnance n° 2013-544 du 27 juin 2013 relative aux établissements de crédit et aux sociétés de financement*, précité.

¹⁰ *ibidem*.

¹¹ *ibid*.

¹² Directive n° 2013/36/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 concernant l'accès à l'activité des établissements de crédit et la surveillance prudentielle des établissements de crédit et des entreprises d'investissement, modifiant la directive 2002/87/CE et abrogeant les directives 2006/48/CE et 2006/49/CE ; Voir *infra* n° 241.

¹³ J. LASSERRE-CAPDEVILLE, « Transposition de la directive "CRD IV" », *JCP G*, 2014, n° 294 ; J. LASSERRE-CAPDEVILLE, « Harmonisation du statut d'établissement de crédit à l'échelle de l'Union européenne », *JCP G* 2013, act. 805 ; J. LASSERRE-CAPDEVILLE, « Interrogations autour de la qualification d'établissement de crédit », note ss. Cass. com., 22 mai 2013, n° 11-26503, inédit, *JurisData* n° 2013-014099, *JCP G* 2013, 937 ; Th. BONNEAU, « La réforme des établissements de crédit – Commentaire de l'ordonnance du 27 juin 2013 », *JCP E* 2013, act. 1429 ; J. CRÉDOT, « Notion d'établissement de crédit - Information annuelle de la caution française », *RD bancaire et fin.* 2013, comm. 149 ; Th. SAMIN, « La réforme du statut d'établissement de crédit en vue de l'entrée en vigueur du règlement européen CRR I (Capital Requirements Regulation) : des sociétés financières aux sociétés de financement », *RD bancaire et fin.* 2013, dossier 44 ; Th. BONNEAU, « La mosaïque bancaire est-elle de retour ? », *RD bancaire et fin.* 2012, repère 6.

¹⁴ Loi n° 2013-672 du 26 juillet 2013 de séparation et de régulation des activités bancaires, *JO* 27 juillet 2013 ; J. LASSERRE-CAPDEVILLE, « Séparation et régulation des activités bancaires. Une avancée du droit », *JCP G* 2013, doctr. 925 ; Th. BONNEAU, « Séparation et régulation des activités bancaires. Commentaire des titres 1, 4, 5 et 8 de la loi du 26 juillet 2013 », *JCP E* 2013, 1483 ; H. SYNVEIT, « Projet de loi de séparation et de régulation des activités bancaires – présentation », *RD bancaire et fin.* oct. 2013, dossier 33 ; Colloque "Le projet de loi de séparation et de régulation des activités bancaires" organisé par l'Association du Master de Droit bancaire et financier et l'Association du Master de Droit des affaires de l'université Panthéon-Assas Paris II, sous la direction de H. SYNVEIT, 24 mai 2013 au Sénat, *RD bancaire et fin.* 2013, n°3, pp. 107-108 ; F. BARRIERE, « Du contrôle interne à la dénonciation rémunérée ? », *JCP E*, 2011, 1527 ; Th. BONNEAU, « Aperçu rapide sur le projet de loi de séparation et de régulation des activités bancaires », *BJB* mars 2013 § 49, p. 112 ; J. LASSERRE-CAPDEVILLE, « Le renforcement des pouvoirs de l'AMF dans le projet de loi de séparation et de régulation des activités bancaires », *BJB* avr. 2013, § 70, p. 164 ; J.-J. LEGENDRE et Ch. CAFFARD, « Projet de loi de séparation

financières¹⁵, laisse la possibilité aux établissements de crédit de fournir des services d'investissement à la clientèle¹⁶ et d'effectuer, entre autres, des activités relatives à la tenue de marché¹⁷. Quant à la Belgique, la nouvelle loi bancaire du 25 avril 2014 a opté pour une solution similaire¹⁸. Ainsi, du moins jusqu'à la réforme structurelle du secteur bancaire au niveau européen¹⁹, «*il est interdit à tout établissement de crédit d'exercer des activités de*

et de régulation des activités bancaires. Une réforme bancaire en trompe l'œil », *Banque* 2013, n° 739, p. 53 ; S. TANDEAU DE MARSAC, « Projet de loi de séparation et de régulation des activités bancaires. Vers le renforcement des pouvoirs des autorités de régulation », *Banque* 2013, n° 738, p. 60 ; G., GIRAUD, « Le projet de loi de séparation bancaire français est-il suffisant ? », *Banque* 2013, n° 758, p. 18 ; A. GAUDEMET, « Renforcement des pouvoirs de contrôle, d'enquête et de sanction de l'AMF », *RD bancaire et fin.* janv.-févr. 2013, comm. 31 ; J.-Ph., KOVAR et J. LASSERRE CAPDEVILLE, « La procédure de résolution du projet de loi de séparation et de régulation des activités bancaires », *Banque* juin 2012, n° 761, 88 ; A. GOURIO, « La séparation de certaines activités -Titre I de la loi n° 2013-672 du 26 juillet 2013. », *RD bancaire et fin.* 2013, n° 6, dossier 53.

¹⁵ L'interdiction, et donc implicitement la filialisation imposée par l'art. L 511-47 du Code monétaire et financier, concerne « les activités de négociation sur instruments financiers faisant intervenir leur compte propre » et « toute opération conclue pour son compte propre avec des organismes de placement collectif à effet de levier ou autres véhicules d'investissement similaires, répondant à des caractéristiques fixées par arrêté du ministre chargé de l'économie, lorsque l'établissement de crédit n'est pas garanti par une sûreté dont les caractéristiques, contrôlées par l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution, satisfont à des exigences de quantité, de qualité et de disponibilité, dans des conditions fixées par arrêté du ministre chargé de l'économie. ». L'application effective de cette interdiction doit intervenir au plus tard le 1^{er} juillet 2015.

¹⁶ En application du nouvel art. L 511-47 du Code monétaire et financier, par fourniture de services d'investissement à la clientèle on entend « les services d'investissement mentionnés à l'art. L. 321-1 et les services connexes mentionnés à l'art. L. 321-2 en se portant partie à des opérations sur des instruments financiers dans le but de répondre aux besoins de couverture, de financement ou d'investissement de ses clients » et « dont la rentabilité attendue résulte des revenus tirés des services fournis à la clientèle et de la gestion saine et prudente des risques associés à ces services ».

¹⁷ Au sens du nouvel art. L 511-47 du Code monétaire et financier, on entend par tenue de marché « l'activité d'un établissement qui, en tant qu'intermédiaire, se porte partie à des opérations sur des instruments financiers :

1° Soit consistant en la communication simultanée de prix d'achat et de vente fermes et concurrentiels pour des volumes de taille comparable, avec pour résultat d'apporter de la liquidité aux marchés sur une base régulière et continue ;

2° Soit nécessaires, dans le cadre de son activité habituelle, à l'exécution d'ordres d'achat ou de vente de clients ou en réponse à des demandes d'achat ou de vente de leur part. » Par conséquent, nous allons envisager les obligations d'information, de mise en garde et de conseil du banquier à la fois dispensateur du crédit et prestataire de services d'investissement. ». Soulignons que la proposition de la Commission européenne du 29 janvier 2014 d'un règlement concernant la réforme structurelle du secteur bancaire européen prévoit une procédure de séparation des activités de marché réalisées pour le client du reste du groupe bancaire, dont la mise en oeuvre relèvera de la responsabilité de la Banque centrale européenne (BCE) pour les pays de la zone euro. Voir en ce sens Commission européenne, COM (2014) 43 final du 29 janv. 2014; J. LASSERRE CAPDEVILLE, « La réforme structurelle du secteur bancaire », *JCP E* 2014, 289 ; Sur les critiques formulées par la Fédération bancaire française (FBF), voir FBF, communiqué de presse, 29 janv. 2014, <http://www.fbf.fr/fr/espace-presse/communiqués/le-projet-de-reglement-sur-la-structure-des-banques-europeennes-penaliserait-le-financement-des-entreprises> (page consultée le 27 avril 2014) ; A. MICHEL, « La France s'oppose violemment au projet européen de réforme bancaire », *Le Monde*, 6 févr. 2014, p. 6 ; Ch. NOYER, « Il ne faut pas scinder nos activités bancaires », *Le Monde*, 13 févr. 2014, p. 20.

¹⁸ Loi relative au statut et au contrôle des établissements de crédit du 25 avril 2014, précitée; Voir également « La Belgique finalise son projet de loi », interview avec Michel VERMAERKE, Administrateur délégué, Febelfin, *Banque*, 2014, n° 769, p. 11.

¹⁹ Voir en ce sens Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à des mesures structurelles améliorant la résilience des établissements de crédit de l'UE, COM (2014) 43 final du 29 janv.

négociation pour compte propre, que ce soit directement ou par l'intermédiaire de filiales belges ou étrangères»²⁰. Applicable à partir du 1^{er} janvier 2015, l'interdiction n'est néanmoins pas aussi étendue qu'il y paraît puisqu'elle est assortie de cinq exceptions, dont la fourniture aux clients de services d'investissement et services auxiliaires, visant à répondre à leurs besoins de financement, de couverture ou d'investissement²¹.

5. Le risque juridique bancaire. Nous analyserons, sous un angle nouveau, la notion de risque juridique, matière première de la toute récente discipline de gestion des risques ou *risk management*.²² Dans ce contexte, nous allons transposer les différentes phases de la théorie de gestion des risques dans le domaine juridique. Ainsi, nous montrerons qu'il est opportun pour les établissements bancaires d'avoir une cartographie, une évaluation et une politique de traitement et de gestion des risques juridiques. Nous soulignerons également l'importance des enjeux économiques de la gestion du risque juridique, composante majeure du risque opérationnel. Elle doit tout d'abord être rentable pour l'établissement, en favorisant un niveau équilibré et approprié des fonds propres, voire même une économie en argent immobilisé. Elle doit ensuite permettre de rassurer les autorités de surveillance, à la fois nationales et

2014; La proposition prend en compte le rapport Liikanen qui a recommandé la séparation des activités de négociation pour compte propre et autres activités à haut risque de la banque de dépôt ; Par conséquent, notons que le texte européen se démarque de la réforme française et que si celui-ci sera adopté en tant que tel, la loi française devra être modifiée, voire supprimée. Voir en ce sens A. GOURIO et L. THEBAULT, « Séparation des activités : le projet européen », *RD bancaire et fin.* n° 2, mars 2014, comm. 69 ; sur le rapport Liikanen : High-level expert group on reforming the structure of the EU banking sector chaired by Erkki Liikanen, Final Report, Brussel, 2 October 2012 ; A. GOURIO et L. THEBAULT, « Structure des établissements bancaires », *RD bancaire et fin.* mai-juin 2012, comm. 100 ; « Réforme de la structure des banques européennes : le groupe Liikanen rend son rapport », *RD bancaire et fin.* nov.-déc. 2012, comm. 195 ; H. DE VAUPLANE, « Rapport Liikanen, Une occasion manquée », *Banque* 2012, n° 753, comm. 82.

²⁰ Art. 119 de la nouvelle loi relative au statut et au contrôle des établissements de crédit, précitée : « À partir du 1^{er} janvier 2015, il est interdit à tout établissement de crédit d'exercer des activités de négociation pour compte propre, que ce soit directement ou par l'intermédiaire de filiales belges ou étrangères. ».

²¹ Voir Art. 121. § 1^{er} de la nouvelle loi relative au statut et au contrôle des établissements de crédit du 25 avril 2014, précitée : « Sous réserve de l'article 123, l'interdiction prévue à l'article 119 ne s'applique pas aux opérations sur instruments financiers qui font partie des activités suivantes, pour autant que ces opérations répondent aux conditions prévues au paragraphe 2 :

1° la fourniture aux clients de services d'investissement et services auxiliaires, tels que définis à l'article 46, 1°, 1., 2. et 4. à 8., et 2°, de la loi du 6 avril 1995, visant à répondre aux besoins de financement, de couverture ou d'investissement des clients;

2° les activités de tenue de marché consistant en la présence régulière et continue, sur un marché réglementé ou dans un système multilatéral de négociation dont il est membre, d'un intervenant qui offre des prix d'achat et de vente fermes pour des instruments financiers, assortis d'un engagement de sa part de se porter contrepartie à ces prix sur des quantités minimales, aux fins d'apporter de la liquidité au marché concerné, pour autant que cet intervenant soit certifié en tant que teneur de marché par l'entreprise de marché ou l'entreprise d'investissement qui exploite le marché ou le système multilatéral de négociation en question;

3° les activités de couverture des risques propres de l'établissement de crédit ou de ses filiales, en ce compris les risques liés aux activités visées aux 1°, 2°, 4° et 5°;

4° la gestion saine et prudente des liquidités de l'établissement de crédit et de ses filiales ;

5° l'achat et la vente d'instruments financiers acquis dans l'intention de les conserver durablement ».

²² Nous utiliserons dans cette thèse un certain nombre d'expressions de langue étrangère, et en particulier anglaise. En effet, eu égard à la matière traitée, un grand nombre de concepts et d'outils n'ont pour l'instant essentiellement été développés qu'en langue anglaise. Néanmoins, nous limiterons ces emprunts au strict nécessaire et les expliciterons si nécessaire.

européennes. C'est là un point essentiel de notre étude qu'on ne peut pas ignorer puisqu'il place le sujet dans son contexte réglementaire global.

6. Les obligations d'information, de mise en garde et de conseil et la gestion du risque juridique. Cela fait, nous envisagerons les obligations d'information, de mise en garde et de conseil du banquier à la fois comme des sources de risque juridique et des instruments juridiques permettant une meilleure gestion des risques opérationnels bancaires. A cet effet, nous montrerons leurs fondements économiques, juridiques et sociaux et mettrons en exergue les caractéristiques de ces trois obligations distinctes, en illustrant les risques qui leur sont attachés, ainsi que leur traitement et gestion.

7. Les obligations d'information, de mise en garde et de conseil et le bon fonctionnement du marché. Nous verrons que, d'un point de vue strictement économique, les obligations d'information, de mise en garde et de conseil s'inscrivent dans une longue série d'instruments d'atténuation et de traitement des dysfonctionnements du marché. C'est ce qui explique qu'elles puissent être dans le secteur bancaire des instruments de pilotage de la performance de l'établissement, dès lors qu'elles réduisent le risque de poursuite et de condamnation²³. En effet, force est de constater, qu'une fois accomplies, elles parviennent à déplacer un risque pesant sur le banquier au client qui a été « dûment informé » ; l'expression « dûment informé » faisant référence à une information émise en toute transparence, mais pas forcément perçue dans toute sa plénitude à cause, entre autres, de l'aspect très technique des opérations bancaires et de nombreux moyens d'opacification de l'information²⁴.

8. Les obligations d'information, de mise en garde et de conseil et la justice contractuelle. Les obligations d'information, de mise en garde et de conseil transcendent cependant cette logique du bon fonctionnement du marché. Elles sont également des instruments de justice contractuelle²⁵, visant à corriger les déséquilibres contractuels causés par l'inégalité des parties.

Dans ces conditions, nous allons présenter succinctement l'évolution de la théorie juridique, de l'individualisme au solidarisme contractuel²⁶. La conception individualiste qui caractérise la doctrine juridique traditionnelle libérale s'est construite autour du principe que les individus, libres et égaux, peuvent se donner leur propre loi. Dès lors, les parties à un contrat sont les meilleurs juges de son opportunité, car elles ont la liberté de conclure ou non et la

²³ A. MASSON, *Les stratégies juridiques des entreprises*, Larcier, Bruxelles, 2009 ; L. NURIT-PONTIER et S. ROUSSEAU, *Risques d'entreprise : quelle stratégie juridique ?*, LGDJ Lextenso éditions, 2012

²⁴ A. LAVIGNE, « L'économie de la tarification à l'aune des relations de clientèle », in *Les banques entre Droit et Economie*, M.-A. FRISON-ROCHE (dir.), LGDJ, pp. 73-84.

²⁵ D'où le développement des obligations légales et jurisprudentielles en la matière.

²⁶ Pour les origines historiques, les auteurs et le renouveau contemporain du solidarisme contractuel : L. GRYNBAUM, « La notion du solidarisme contractuel », in *Le solidarisme contractuel*, L. GRYNBAUM et M. NICOD (dir.), Economica, coll. Etudes juridiques, t. 18, 2004 ; Ch. JAMIN et D. MAZEAUD (dir.), *La nouvelle crise du contrat*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2003 ; R. TREVES, *Sociologie du droit*, PUF, coll. « Droit, éthique, société », 1995 ; A-S. COURDIER-CUISINIER, *Le solidarisme contractuel*, préface de E. Loquin, thèse, Université de Bourgogne, Litec, 2006 ; J. GHESTIN, G. LOISEAU et Y.-M. SERINET, *La formation du contrat*, t. 1 *Le contrat – Le consentement*, J. GHESTIN (dir.) *Traité de droit civil*, LGDJ, 4^e édition, 2013, n° 391-416.

liberté de négocier les clauses. C'est pourquoi « *les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites* »²⁷. Cependant, dès la fin du XIX^{ème} siècle, il est apparu nécessaire de dépasser les schémas du libéralisme traditionnel pour lequel la concurrence est la véritable et la plus puissante des protections. La réalité était souvent différente : de nombreux contrats n'étaient pas négociés, et les parties les plus fortes imposaient leur loi. La prise de conscience de ce déséquilibre a abouti à la recherche de remèdes, voire des solutions alternatives à l'individualisme juridique. Dans un esprit solidariste, inspiré par Durkheim²⁸ et par les idéaux du christianisme social, certains juristes, tels Saleilles²⁹, Josserand, Demogue³⁰ ou Gounot³¹ plaident dès le début du XX^{ème} siècle pour une intervention du juge dans les contrats au nom de l'obligation de coopération ou de l'obligation d'exécution de bonne foi des conventions, afin de modifier les contrats en fonction des circonstances. Ils ne mettent cependant pas en cause le principe du caractère obligatoire de l'accord de volontés. En ce sens, citons M. Gounot pour qui « *le contrat perdrait sa raison d'être si l'incertitude devait planer sans cesse sur sa réalisation et si le juge pouvait, au nom de l'utilité générale ou de la justice, en transformer arbitrairement les clauses.* »³². Pour Demogue la solidarité n'est qu'un « *aspect particulier de (...) la socialisation du droit, c'est-à-dire au fond cette conception du droit qui le rend plus compréhensif, en ce sens qu'il considère qu'il n'y a pas seulement l'homme auquel il faut reconnaître des droits, mais des hommes, dans des situations sociales diverses riches ou pauvres, surtout pauvres* »³³. Plus précisément, pour l'auteur, « *il faut tenir compte de ce que les contrats sont toujours conclus sous l'empire des nécessités sociale ; spécialement par suite à la division de plus en plus grande du travail, chacun est obligé de se procurer par contrat tout ce qui lui est nécessaire.* »³⁴ Dans ce même esprit, après de longues années marquées par la montée en puissance du discours économique néolibéral prônant la déréglementation, on a constaté un renouveau du solidarisme contractuel en droit contemporain favorable à la correction de l'inégalité excessive entre les parties contractantes par le biais de l'intervention du juge dans les contrats³⁵. Même si son bilan a été critiqué³⁶, en

²⁷ Art. 1134, alinéa 1^{er} du Code Civil.

²⁸ E. DURKHEIM, *De la division du travail social*, I, chap. 4, 4^{ème} éd, PUF, coll. « Quadrige », 1994, réédition de sa thèse de doctorat soutenue en 1893.

²⁹ R. SALEILLES, *De la déclaration de volonté*, Pichon, 1901.

³⁰ R. DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, t. VI, A. Rousseau, Paris, 1931, p. 9 : « les contractant forment une sorte de microcosme. (...) Leur buts ne peuvent pas toujours être atteints par la voie rectiligne que les contractants avaient conçue. La voie à suivre pour atteindre le plus essentiel du but se transformera par la volonté des parties, par la décision du juge ».

³¹ E. GOUNOT, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé, Contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, thèse, Dijon, 1912. Il combat l'individualisme, mais sans embrasser totalement la conception sociale du droit, en ce sens voir pp. 201-202 : « Nous consentons bien à ce qu'on attribue au droit une essence exclusivement sociale, mais c'est à la condition que la société à laquelle on se rapporte comme à sa source ne soit pas cette communauté restreinte dont l'Etat est l'organe, mais à cette Societas generalis sub rectore Deo, dont parle quelque part Leibniz. ».

³² E. GOUNOT, *op. cit.*, p. 387 et 388.

³³ R. DEMOGUE, *Les notions fondamentales du droit privé. Essai critique*, réimpression de l'édition de 1911, Editions La mémoire du droit, 2001, p. 169.

³⁴ R. DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, t. I, A. Rousseau, Paris, 1923, n° 23 bis, p. 69.

³⁵ Voir en ce sens Ch. JAMIN, « Plaidoyer pour le solidarisme contractuel », in *Le contrat au début du XXI^e siècle, Etudes offertes à J. GHESTIN*, LGDJ, 2001 ; D. MAZEAUD, « Loyauté, solidarité, fraternité, la nouvelle

partie à juste titre, il convient toutefois de souligner que ce mouvement « *a, essentiellement, vocation à se déployer dans les relations contractuelles de dépendance, qui sont marquées par une inégalité des parties lors de leur formation et de leur exécution, ainsi que le révèle le pouvoir accordé au contractant dominant de fixer unilatéralement le contenu du contrat, qui s'inscrivent dans la durée, qui se caractérisent souvent par une communauté de clientèle et qui se cristallisent dans une clause d'exclusivité* »³⁷.

La jurisprudence a progressivement suivi ce courant doctrinal, tirant parti du très succinct alinéa 3 de l'article 1134 du Code Civil, selon lequel les conventions doivent être exécutées de bonne foi, en sanctionnant d'abord les comportements manifestement déloyaux des parties, puis en exigeant « *des relations contractuelles de confiance marquées par les idées de tolérance et de collaboration* »³⁸. C'est ainsi que la jurisprudence a renforcé le contenu des contrats, par voie d'interprétation, en « découvrant » de nouvelles obligations, en sus des stipulations prévues par les parties. C'est le cas des obligations d'information, de mise en garde et de conseil³⁹ ou de l'obligation de sécurité⁴⁰ et de surveillance⁴¹ qui se sont développées sous le visa de l'article 1147 et 1135 du Code civil.

La rationalité juridique et sociale des obligations d'information, de mise en garde et de conseil évoque l'idéal égalitaire, la justice distributive, le solidarisme contractuel, la loyauté, la bonne foi, la confiance légitime. Leur développement est révélateur de la nouvelle conception des rapports humains au sein de la société. Leur émergence s'inscrit en effet dans

devise contractuelle? » in *Mélanges F. TERRE*, 1999 ; D. MAZEAUD, « La bataille du solidarisme contractuel : du feu, des cendres, des braises... » in *Mélanges en l'honneur de Jean Hauser*, LexisNexis, 2012.

³⁶ Pour le bilan de la doctrine solidariste : Y. LEQUETTE, « Retour sur le solidarisme : le rendez-vous manqué des solidaristes français avec la dogmatique juridique » in *Mélanges Jean Hauser*, LexisNexis Dalloz, 2012 ; Sur cette controverse : J. GHESTIN, G. LOISEAU et Y.-M. SERINET, *La formation du contrat*, t. 1 *Le contrat – Le consentement*, *op. cit.*, n° 416.

³⁷ D. MAZEAUD, « La bataille du solidarisme contractuel : du feu, des cendres, des braises... », *op. cit.*, n° 15.

³⁸ Y. PICOD, *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, thèse, LGDJ, 1987, p.9.

³⁹ J. GHESTIN, G. LOISEAU et Y.-M. SERINET, *La formation du contrat*, t. 1 *Le contrat – Le consentement*, *op. cit.*, n°1512 à 1830; J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *Droit civil. Les obligations*, t. 1, *L'acte juridique*, Sirey, 15^e éd., 2012, n° 206, 213 ; B. FAGES, *Droit des obligations*, LGDJ, coll. « Manuel » 4^e éd., 2013, n° 92 à 94 ; Ph. LE TOURNEAU (dir.), *Droit de la responsabilité et des contrats. Régimes d'indemnisation*, Dalloz, coll. Dalloz Action, 9^e éd., 2012, n°3348 à 3371, n° 5295; A. BENABENT, *Droit civil. Les obligations*, Montchrestien, 12^e éd., 2010, n°282 et s. ; M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations*, t. 1 *Contrat et engagement unilatéral*, PUF, coll. « Thémis », 3^e éd., 2012, pp. 497 - 500; F. TERRE, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, Dalloz, coll. « Précis », 10^e éd., 2009, n° 257 et s. ; M. FABRE-MAGNAN, *De l'obligation d'information dans les contrats. Essai d'une théorie*, thèse, Paris I, LGDJ, 1992, préf. J. GHESTIN ; F.X. TESTU, *Contrats d'affaires*, Dalloz, coll. « Références », 2010, n° 12.16 et ss. ; Y. PICOD, *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, *op. cit.*, n° 44.

⁴⁰ M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations*, *op. cit.*, p. 500 - 504; B. FAGES, *Droit des obligations*, *op. cit.*, n° 262, 306 ; A. BENABENT, *Droit civil. Les obligations*, *op. cit.*, n° 281 ; F. TERRE, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, *op. cit.*, n° 568, 590, 1018 ; Ph. LE TOURNEAU (dir.), *Droit de la responsabilité et des contrats. Régimes d'indemnisation*, *op. cit.*, n° 3293 à 3309.

⁴¹ Ph. LE TOURNEAU (dir.), *Droit de la responsabilité et des contrats. Régimes d'indemnisation*, *op. cit.*, n° 5287 ; A. BENABENT, *Droit civil. Les obligations*, *op. cit.*, n° 284.

la ligne générale de l'évolution du contrat : l'essor de l'ordre public, le rétrécissement de la liberté contractuelle, le déclin de l'autonomie de la volonté et la socialisation du contrat.⁴²

9. Instruments utiles et justes. Dans cette triple perspective, économique, juridique et sociale, les obligations d'information, de mise en garde et de conseil se caractérisent par leur utilité, tant du côté des professionnels que de celui des clients. En ce qui concerne les premiers, il convient de souligner qu'elles contribuent à long terme⁴³ à la mise en place d'une concurrence saine et loyale, tout en renforçant la confiance des clients. A court terme, elles opèrent un transfert des risques, ouvrant aux banquiers la possibilité de s'exonérer d'une éventuelle responsabilité à l'égard de leurs clients⁴⁴. Quant aux clients, l'utilité de ces instruments juridiques est indiscutable, en leur permettant de faire jouer leur libre arbitre. Mais, il convient d'admettre que ces obligations sont justes du fait de leur fonction juridique primordiale qui est le rééquilibrage contractuel.

10. Risques, causes et conséquences. Nos réflexions porteront ensuite sur l'analyse des risques engendrés par le non-respect de ces trois obligations. En application des enseignements de la théorie du *risk management*, la considération des causes et des conséquences de ces risques constitue un objectif essentiel de notre étude. A première vue, cette démarche pourrait paraître superflue puisqu'il s'agirait tout au plus de dire que le banquier encourt des sanctions civiles, pénales et disciplinaires parce qu'il n'a pas respecté la loi. Cependant, cet aspect de l'analyse est loin d'être aussi anodin. A bien y regarder, des certitudes peuvent être ébranlées. Ces risques ne sont en effet pas engendrés par la faute exclusive du comportement du banquier. Parmi les principales causes, on retrouve l'insécurité juridique, le manque de prédictibilité en matière de qualification des clients, le chevauchement des textes, voire les revirements jurisprudentiels. Même si la dimension interne des causes ne sera pas négligée, étant importante surtout dans la recherche des méthodes de traitement et de gestion des risques juridiques, c'est par l'étude de la dimension externe que notre réflexion s'engagera. Ce rapprochement entre la théorie du *risk mangement* et le raisonnement juridique en matière des obligations d'information, de mise en garde et de conseil montrera les excès, ainsi que les insuffisances, en matière de protection des clients bancaires et de lutte contre les déséquilibres contractuels dus à l'asymétrie informationnelle.

11. Finalités. Consacrant nos réflexions à cette question relativement nouvelle de la gestion des risques attachés aux obligations d'information, de mise en garde et de conseil du banquier à l'égard de ses clients, notre travail de recherche apportera sans doute des constatations, ébranlera peut-être des certitudes et, espérons-le, suscitera des interrogations. Nous

⁴²J. GHESTIN, « L'utile et le juste dans les contrats » in *Arch. phil. dr.*, L'utile et le juste, tome 26, Sirey, 1981, pp. 35-58

⁴³ A court terme, le coût de mise en place de procédures adéquates pour remplir ce type d'obligation est parfois dissuasif, mais une fois qu'elles peuvent être produites à une échelle « industrielle », le respect de ces obligations devient « rentable ».

⁴⁴ CH. NOIVILLE, *Du bon gouvernement des risques*, PUF, 2003, v. notamment le chapitre « L'individu dans la gestion des risques ».

chercherons aussi des réponses, mais sans pour autant en faire un but en soi car, pour nous, « *s'interroger sans répondre est plus vrai que de ne pas s'interroger* »⁴⁵.

Enfin, notre étude montrera que le droit n'est pas seulement une source de contraintes, mais également une source de gains potentiels en termes d'efficacité concurrentielle.⁴⁶

⁴⁵ E. IONESCO, *op. cit.*, p. 20.

⁴⁶ C. CHAMPAUD, *Manifeste sur la doctrine de l'entreprise*, préf. H. BOUTHINON-DUMAS et A. MASSON, Larcier, 2011. ; Voir aussi « Le droit de l'entreprise dans ses relations externes à la fin du XXe siècle » in *Mélanges en l'honneur de CLAUDE CHAMPAUD*, Dalloz, 1997 et « Aspects organisationnels du droit des affaires » in *Mélanges en l'honneur de JEAN PAILLUSSEAU*, Dalloz, 2003.

II. Méthode

12. Droit et *risk management*. C'est à une nouvelle façon d'envisager le sujet des obligations d'information, de mise en garde et de conseil du banquier qu'invite notre étude. Située au carrefour du droit et du management des risques, elle apporte de nouvelles interrogations et préoccupations. Le projet de recherche se propose d'appliquer les méthodes et les concepts de la gestion des risques⁴⁷ aux réalités juridiques du secteur bancaire. Une banque peut devenir plus performante sur un marché fort concurrentiel, si elle gère efficacement ses risques, y compris celui juridique⁴⁸. En effet, elle sera capable d'adopter un comportement stratégique, à condition de bien déceler les opportunités et les menaces de nature juridique, ayant ainsi une position avantageuse sur la concurrence.

Cette approche est parfois désignée sous le nom de *Law and Management*⁴⁹ qui est présentée comme un mouvement se situant dans le prolongement de l'analyse économique du droit (*Law and Economics*)⁵⁰, visant à mettre en évidence les ressorts juridiques de la performance des entreprises⁵¹.

⁴⁷ Y. METAYER ET L. HIRSCH, *Premiers pas dans le management des risques*, Afnor, 2007 ; P. SCHICK, J. VERA, O. BOURROUILH-PARÉGE, *Audit interne et référentiels de risques*, préf. de S. BARANGER, Dunod, 2010 ; J.-F. BERTHIER, *Les risques financiers de l'entreprise*, Liaisons, coll. Finance opérationnelle, 1992 ; C. VERET, R. MEKOUAR, *Fonction : Risk manager*, Dunod, 2005 (notamment le chapitre 6) ; P. STERN, J.-M. SCHOETTL, *La boîte à outils du management*, Dunod, 2009 ; *Dictionnaire des risques*, Yves Dupont (dir.), 2e édition, Armand Colin, 2007 ; J.-C. SERRES, *Manager dans l'incertitude. Gestion des risques maximum !*, éd. Afnor, 2006 ; J.-C. SERRES, *Managers osez le management par les risques !*, Afnor, 2009 ; P. KEREBEL, *Management des risques : inclus secteurs banque et assurance*, Eyrolles-Éditions d'Organisation, 2009 ; J. HULL, *Gestion des risques et institutions financières*, Pearson Education France, 2007 ; J. BESSIS, *Management in Banking*, John Wiley & Son Ltd, England, 2002 ; E. JEFFERS ET O. PASTRE, *Economie bancaire*, Economica, 2007 ; M.-H. BOUCHET ET A. GUILHON LE FRAPER DU HELLEN, *Intelligence économique et gestion des risques*, Pearson Education France, 2007 ; Y. BOUDGHENE, E. DE KEULENEER, *Pratiques et techniques bancaires*, Larcier, coll. « Cahiers financier » sous la dir. de B. COLMANT, Bruxelles, 2013, spéc. pp. 150-225.

⁴⁸ Sur la notion de risque opérationnel voir : C. JIMENEZ, P. MERLIER ET D. CHELLY, *Risques opérationnels – De la mise en place du dispositif à son audit*, Revue Banque, 2008 ; R. JARDAT, "Contrôle du risque opérationnel : s'adapter aux activités de trading", *Banque*, octobre 2011, n° 740, pp.68- 70 ; V. PALLAS-SALTIEL, Y. PUJOL, « Le risque opérationnel, élément majeur du dispositif de contrôle interne », *Banque*, octobre 2011, n° 740, p.70-72 ; E. LAMARQUE, « Les critères pour apprécier l'efficacité d'un système de contrôle interne », *Banque*, octobre 2011, n° 740, p.73-74 ; T. NOKIN, N. SAMSON, S. LISSAJOUX, « Un référentiel de contrôle concret et unifié », *Banque*, octobre 2011, n° 740, p. 75-77 ; Y. PESQUEUX, « La prise en compte du facteur humain – la gageure de tout dispositif de contrôle », *Banque*, octobre 2011, n° 740, p. 77-78 ; C. VERET ET P. NAÏM, « Risk Management : gérer et évaluer les risques opérationnels extrêmes », *Banque*, n° 736, mai 2011, p. 46-50 ; « Dossier Bâle III : l'équation d'après-crise », *Banque*, n°730-731, décembre 2010 ; Y. BOUDGHENE, E. DE KEULENEER, *Pratiques et techniques bancaires*, op. cit., spéc. pp. 203- 225.

⁴⁹ Voir H.-B. BOUTHINON, A. MASSON (dir.), *Stratégies juridiques des acteurs économiques*, Larcier, Bruxelles, 2012, p. 11 ; C. BAGLEY, « Pour une approche intégrée du droit et de la stratégie », in H.-B. BOUTHINON, A. MASSON (dir.), *Stratégies juridiques des acteurs économiques*, op. cit., pp. 21-72 ; A. MASSON (dir.), *Les stratégies juridiques des entreprises*, Larcier, Bruxelles, 2009 ; H. BOUTHINON-DUMAS, « Les stratégies juridiques : essai sur les articulations entre droit, économie et management », in A. MASSON (dir.), *Les stratégies juridiques des entreprises*, op. cit. ; A. MASSON, H. BOUTHINON-DUMAS, « L'approche Law & Management », *RTD Com.* 2011 p. 233 ; A. MASSON, « Essai de théorie des stratégies juridiques », *RRJ*, 2008.

⁵⁰ Voir E. MACKAAY, « La règle juridique observée par le prisme de l'économiste. Une histoire stylisée du mouvement de l'analyse économique du droit », *Rev. Internat. dr. écon.*, 1986 ; sur l'ensemble de ce

En partant du constat que le « *droit est un facteur du succès des entreprises* »⁵², il s'agit tout d'abord d'identifier et d'évaluer les risques attachés aux obligations d'information, de mise en garde et de conseil du banquier à l'égard de sa clientèle particulière. Ensuite il nous faut mettre en évidence les mesures de traitement de ces risques et les stratégies en la matière.

Si l'analyse économique du droit s'intéresse aux comportements des acteurs économiques face à la norme juridique, à l'aide de notions économiques comme le choix rationnel en fonction de leurs intérêts personnels et des coûts (ce qui conduit à apprécier les règles de droit uniquement en fonction de leur efficacité), notre approche, même si elle est inspirée de l'économie, s'intéresse quant à elle à la rationalité juridique et à l'opportunité économique du droit.

Cette démarche partage un objectif essentiel des sciences de gestion. Il s'agit de comprendre comment le droit peut être utilisé par les banques et au sein des banques pour atteindre leurs objectifs de nature essentiellement économique⁵³. Ainsi, s'il est évident que l'entreprise se doit d'exploiter toutes les opportunités juridiques, elle doit également éviter dans la mesure du possible tous les événements redoutables de nature juridique. Dans ce souci d'efficacité des entreprises, et tout particulièrement des banques, le droit apparaît à la fois comme un facteur de performance ou de sous-performance. Par conséquent, cette étude pourrait offrir aux juristes et avocats exerçant dans le domaine bancaire les bases nécessaires à la compréhension des attentes des acteurs économiques en matière de gestion des risques juridiques. Elle permettra également de comprendre l'importance d'asseoir les recommandations adressées aux acteurs économiques sur des analyses qualitative et

mouvement voir le numéro spécial de la *RRJ*, n°2, 198 ; B. OPPETIT, « Droit et économie » in *Droit et économie, Arch. phil. dr.*, tome 37 ; S. FERREY, *Une histoire de l'analyse économique du droit*, Bruylant, 2008 ; HARNAY, S., MARCIANO A., Richard A. Posner : *L'analyse économique du droit*, Michalon, 2003 ; L. KORNHAUSER, *L'analyse économique du droit. Fondements juridiques de l'analyse économique du droit*, éd. Michel Houliard, 2010 ; E. MACKAY ET S. ROUSSEAU, *Analyse économique du droit*, 2e éd., Dalloz, 2008 ; B. DEFFAINS ET E. LANGLAIS, *Analyse économique du droit*, éd. De Boeck, 2009 ; S. SHAVELL, *Foundations of Economic Analysis of Law*, Harvard University Press, 2003 ; R. POSNER, *Economic Analysis of Law*, 6th ed., Aspen, 2003 ; A. OGUS ET M. FAURE, *Economie du droit : le cas français*, éd. Panthéon-Assas, 2002

⁵¹Sur la notion de performance et stratégie juridique, voir F. VERDUN, *Le management stratégique des risques juridiques*, LexisNexis, 2013 ; CH. COLLARD et C. ROQUILLY, *La performance juridique : pour une vision stratégique du droit dans l'entreprise*, LGDJ, 2010 ; C. VIGOUR, « Justice : l'introduction d'une rationalité managériale comme euphémisation des enjeux politiques », *Dr. et sociétés* 63-64/2006,425 ; G. DEHARO, *Ingénierie contractuelle et performance de l'entreprise : perspectives économique et dynamique de droit des contrats* : <http://hal.archives-ouvertes.fr/hal-00649107> (page consultée le 12 Décembre 2011) ; H. DE VAUPLANE, « Le rôle du juriste : gardien du temple ou facilitateur de business ? » *Banque*, 2008, n° 704, pp. 84-86 ; CH. ROQUILLY, « Performance juridique et avantage concurrentiel » chronique n° 1, *LPA*, 30 avril 2007, pp. 7-19 ; C. CHAMPAUD et D. DANET, *Stratégies judiciaires des entreprises*, Dalloz, 2006 ; J. BARTHELEMY, « L'ingénierie juridique, un concept ; le juriste organisateur : son prêtre », *LPA*, 5 janvier 2005, n° 3, p. 8 ; CH. COLLARD, « Performance juridique et avantage concurrentiel : le cas des Centres E. Leclerc », *LPA*, 23 juillet 2007, n° 146, pp. 6-15 ; B. CERVEAU, « Le risque juridique : affaire des spécialistes ou de gestionnaires de risques ? », *Gaz. Pal.*, 23 février 2001, n° 54, pp. 2-6 ; I. BRINK, "LRM : prévention des risques juridiques, une nouvelle approche", *La Lettre de L'Observatoire Consulaire des Entreprises en Difficultés* n° 17 - octobre 2000 ; J. BARTHELEMY, « L'ingénierie juridique : un concept », *JCP E*, supp. n° 2, 1993, pp. 1 et s., J. PAILLUSSEAU, « Le droit est aussi une science d'organisation », *RTD Com.*, 1989, pp. 1 et s.

⁵²Voir A. MASSON, H. BOUTHINON-DUMAS, « L'approche Law & Management », *op. cit.*, p. 233.

⁵³A. MASSON, « Essai de théorie des stratégies juridiques », *op. cit.*.

quantitative, tout en cherchant un équilibre entre la poursuite de leurs intérêts particuliers d'efficacité et l'intérêt général.

13. Etude des droits français et belge. Notre thèse traitera de la question des obligations d'information, de mise en garde et de conseil du banquier en droits français et belge.

Une telle approche inédite est féconde d'un point de vue pratique, puisqu'elle montre l'évolution de la jurisprudence et la doctrine des deux droits qui se sont développés à partir d'un même code civil et sous l'influence ultérieure de la même réglementation européenne et internationale. Cette démarche est d'autant plus utile à l'heure de la liberté de circulation des services et capitaux dans une Europe qui souhaite mettre en place une véritable union bancaire. Il est dès lors intéressant de relever l'état du droit positif belge en notre matière.

Au-delà de ces considérations pratiques, un tel rapprochement présente un intérêt doctrinal fort puisque les ressemblances des deux jurisprudences nous permettront de dégager un fonds commun de conceptions et des techniques de protection des parties faibles. Les divergences sur l'interprétation du Code civil ou sur l'application des textes seront mises en évidence pour une meilleure compréhension de chaque système.

Il ne pourra pourtant pas s'agir d'une étude complète en droit belge de chacun des sujets envisagés par notre étude, pour les deux raisons suivantes : l'absence d'ouvrages actuels de droit bancaire belge qui nous auraient pu permis une comparaison plus aisée et la rareté d'études spéciales et d'articles de revues concernant la gestion des risques juridiques, le contrôle des autorités de surveillance en la matière, ainsi que leur jurisprudence. Pour ces aspects, notre modèle sera la tradition civiliste belge du XIX^{ème} siècle qui consistait dans la publication de la doctrine française du droit des obligations, appropriée à l'état de la législation belge de l'époque, accompagnées de notes explicatives. Ainsi notre travail propose moins un examen exhaustif des deux droits qu'une analyse comparative des obligations d'information, de mise en garde et de conseil. S'il est vrai que les droits français et belge appartiennent à la même famille juridique, étant, selon l'expression des MM. Léon Ingber et Bernard Glansdorff, de véritables « *parents vivant sous le même toit* »⁵⁴, il n'en demeure pas moins que la comparaison juridique entre les deux se révèle intéressante.

⁵⁴ *Les obligations en droit français et en droit belge. Convergences et divergences*, Actes des Journées d'étude organisées les 11 et 12 décembre 1992 par la Faculté de droit de Paris Saint Maur et la Faculté de droit de l'Université Libre de Bruxelles, ouvrage collectif, Bruylant -Dalloz, 1994 ; voir l'avant-propos ; Dans ce contexte, rappelons que MM L. INGBER et B. GLANSDORFF, anciens doyens de la Faculté de droit de l'U.L.B, avaient bien révélé que : « lorsqu'il aborde le droit français, le juriste belge n'éprouve pas, le plus souvent, l'impression de rencontrer un droit étranger, ni par conséquent celle de faire du droit comparé. Il en est ainsi, naturellement, lorsque la matière est – comme le droit des obligations – l'une de celles où les textes et les principes sous-tendent sont demeurés dans la plus large mesure communs. (...)Et les entretiens avec nos collègues français nous apprennent qu'il en est de même, en sens inverse, lorsqu'il advient qu'ils recherchent la solution à une question déterminée en droit belge. Hors quelques rares cas, tel sans doute celui des droits allemands et autrichien, l'on ne voit pas d'autres exemples d'un lien aussi étroit que celui qui existe communément entre les membres de ce qu'il est convenu d'appeler une « famille juridique ». Pour emprunter une expression au droit de la famille il s'agit vraiment ici de parents « vivant sous le même toit ».

14. Incidence du droit européen. Le droit européen nous fournira un outil précieux de travail du fait de son influence colossale à la fois sur le droit français et belge, tant en matière de protection des consommateurs qu'en matière de gestion des risques bancaires. Il nous offrira aussi des pistes de réflexion en matière d'évolution des obligations d'information, de mise en garde et de conseil incombant aux établissements de crédit. Notre thèse présentera une vision d'ensemble des changements suscités par le paquet législatif «CRD IV»⁵⁵ composé de la directive 2013/36/UE du 26 juin 2013 concernant l'accès à l'activité des établissements de crédit et la surveillance prudentielle des établissements de crédit et des entreprises d'investissement et du règlement n° 575/2013 du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 concernant les exigences prudentielles applicables aux établissements de crédit et aux entreprises d'investissement, par la modification de l'architecture de la supervision bancaire au niveau européen⁵⁶ et par la directive 2011/83/UE sur les droits des consommateurs, notamment pour les obligations d'information⁵⁷.

⁵⁵ Voir *infra* n° 241.

⁵⁶ Voir *infra* n° 200 à 212.

⁵⁷ Voir *infra* n° 562 et 563.

III. Plan

15. Gestion des risques juridiques - étude appliquée aux obligations d'information, de mise en garde et de conseil. C'est le titre de cette thèse. Chercher à appliquer les concepts et la méthode de la discipline économique de gestion des risques aux obligations d'information, de mise en garde et de conseil du banquier ne peut dès lors que commencer par la détermination de chacun des termes composant l'expression « gestion des risques juridiques ».

16. De la définition du risque juridique à l'étude de la gestion des risques. En ce qui concerne la notion de risque juridique, une première conception, traditionnelle, y voit « l'ensemble des techniques que le droit peut proposer pour traiter les risques »⁵⁸. Si elle est tout à fait fondée, cette conception est cependant trop éloignée de la vie des affaires, qui s'intéresse le plus souvent au coût engendré par les pertes inattendues résultant des litiges avec les tiers et/ou des sanctions administratives ou pénales pour non-respect des dispositions légales en vigueur. De surcroît, elle s'avère restrictive, car il existe des situations où les risques juridiques résultent d'un revirement jurisprudentiel, voire de la loi elle-même. Une autre conception définit dès lors plus largement le risque juridique comme étant « la rencontre entre une norme juridique et un événement dans un contexte d'incertitude »⁵⁹ qui « va engendrer des conséquences susceptibles d'affecter la valeur de l'entreprise et/ou remettre en cause ses objectifs »⁶⁰. Prémisses essentielles de notre étude, cette approche est manifestement plus pertinente pour les acteurs économiques⁶¹. C'est également l'acception qui est retenue par le législateur lorsqu'il impose aux établissements de crédit de se doter des moyens adaptés pour la maîtrise de leurs risques, y compris juridiques⁶².

Dans ces conditions, nous consacrerons le premier volet de notre étude à la détermination des caractéristiques du risque juridique bancaire et à l'introduction des concepts et des outils de la gestion des risques, traduction consacrée du terme anglo-saxon de *risk management*. Nous

⁵⁸ F. VERDUN, *Le management stratégique des risques juridiques*, op. cit., p. 137 ; Voir en ce sens également J. MOURY (dir.), « Le risque » in Cour de Cassation, *Rapport annuel 2011*, spéc. p. 91 ; A.-C. MARTIN, « La gestion des risques par le contrat » in H. BOUTHINON-DUMAS, A. MASSON (dir.), *Stratégies juridiques des acteurs économiques*, op. cit., pp. 133-144.

⁵⁹ Ch. COLLARD et Ch. ROQUILLY, *La performance juridique : pour une vision stratégique du droit de l'entreprise*, LGDJ, 2010, spéc. pp. 105-130.

⁶⁰ *Ibidem*.

⁶¹ Voir notamment : F. VERDUN, *Le management stratégique des risques juridiques*, op. cit. ; H.-B. BOUTHINON, A. MASSON (dir.), *Stratégies juridiques des acteurs économiques*, op. cit. ; L. NURIT-PONTIER et S. ROUSSEAU, *Risques d'entreprise : quelle stratégie juridique ?*, op. cit. ; C. BAGLEY, « Pour une approche intégrée du droit et de la stratégie », op. cit., pp. 21-72 ; A. MASSON (dir.), *Les stratégies juridiques des entreprises*, op. cit. ; CH. COLLARD et C. ROQUILLY, *La performance juridique : pour une vision stratégique du droit dans l'entreprise*, op. cit. ; H. DE VAUPLANE, « Le rôle du juriste : gardien du temple ou facilitateur de business ? » op. cit. ; C. CHAMPAUD et D. DANET, *Stratégies judiciaires des entreprises*, op. cit. ; J. BARTHELEMY, « L'ingénierie juridique, un concept ; le juriste organisateur : son prêtre », op. cit. ; B. CERVEAU, « Le risque juridique : affaire des spécialistes ou de gestionnaires de risques ? », op. cit. ; I. BRINK, "LRM : prévention des risques juridiques, une nouvelle approche", op. cit. ; J. BARTHELEMY, « L'ingénierie juridique : un concept », op. cit. ; J. PAILLUSSEAU, « Le droit est aussi une science d'organisation », op. cit. ; voir *supra* n° 12.

⁶² Aux termes notamment de l'art. L. 511-41-1 B du Code monétaire et financier ; voir également les art. 37-1, 37-1-1 et 37-2 du Règlement CRBF n° 97-02 ; voir *infra*.

verrons que cette discipline économique qui consiste « à mettre en œuvre des moyens pour réduire l'incertitude entourant les risques en question ⁶³ » est parfaitement applicable au domaine juridique. Plus précisément, nous examinerons la manière dans laquelle on peut identifier, évaluer et maîtriser les risques juridiques auxquels les établissements de crédit « sont ou pourraient être exposés du fait de leurs activités » ⁶⁴ à l'aide « des dispositifs, stratégies et procédures » ⁶⁵ propres à la gestion des risques. Quant aux enjeux de notre démarche, il nous revient d'évoquer, tout d'abord, le contrôle, à la fois interne et externe, dont le risque juridique, composante majeure du risque opérationnel, fait l'objet. Ensuite, nous montrerons que sa bonne maîtrise est étroitement liée à la problématique des fonds propres qu'une banque doit immobiliser pour le couvrir, et donc, implicitement, à sa performance.

17. La méthodologie générale de la gestion des risques transposée en matière d'obligations d'information, de mise en garde et de conseil du banquier. Passée l'étude de la gestion des risques, nous nous intéresserons dans une seconde partie aux obligations d'information, de mise en garde et de conseil du banquier. Notre démarche sera ici d'appliquer les concepts étudiés dans la première partie à ces trois instruments juridiques. Pour y parvenir, nous chercherons d'abord à comprendre leurs fondements et caractéristiques. Nous mettrons en lumière les relations complexes des fondements économiques, sociaux et juridiques de ces obligations. Nous verrons en effet qu'elles se situent concomitamment sur le terrain des attentes éthiques de la clientèle et des besoins stratégiques des professionnels. Ensuite, nous traiterons successivement des conditions d'existence et d'exécution de chacune de ces trois obligations. Il s'agit là d'une étape préalable et indispensable de la gestion des risques qui doit démarrer par une phase dite d'analyse qualitative dont le but est de comprendre l'environnement spécifique des événements redoutés. Cela fait, nous allons illustrer comment le droit peut être appréhendé par la gestion des risques, enrichissant nos propos théoriques des exemples concrets des risques juridiques fréquents et d'amplitude, tirés de la jurisprudence, des rapports des autorités de tutelle et des médiateurs bancaires.

18. Division du sujet et annonce du plan. Souhaitant marquer la double perspective, théorique et pratique, de notre sujet, nous choisissons de diviser notre plan en deux parties.

La première partie se propose d'étudier la gestion des risques juridiques. Le titre premier, consacré à la détermination de la notion du risque juridique bancaire, traite successivement des différentes conceptions du risque, à la fois en économie et en droit, insistant sur les caractéristiques distinctives du risque juridique bancaire. Le titre second porte sur la détermination des enjeux et de la méthodologie générale de la gestion des risques en général, et du risque juridique en particulier.

La seconde a pour objet l'application des enseignements tirés de la partie précédente aux obligations d'information, de mise en garde et de conseil du banquier à l'égard de ses clients.

⁶³ V. LEFEBVRE-DUTILLEUL, S. BALLER, « A la recherche du " legal risk management " », in H.-B. BOUTHINON, A. MASSON (dir.), *Stratégies juridiques des acteurs économiques*, op. cit., p. 103.

⁶⁴ Art. L. 511-41-1 B du Code monétaire et financier.

⁶⁵ *Ibidem*.

Le premier titre est consacré aux fondements de ces trois obligations (Titre I) et le second analyse leur contenu, ainsi que les risques qui leur sont attachés afin de montrer qu'elles sont des instruments au service d'une meilleure maîtrise des risques juridiques bancaires (Titre II).

Première partie : « Gestion des risques juridiques bancaires »

Deuxième partie : « Application de la méthodologie de la gestion des risques aux obligations d'information, de mise en garde et de conseil du banquier »

Première partie :

Gestion des risques juridiques bancaires

19. Omniprésence du risque. Notre société est confrontée à l'omniprésence du risque, telle est du moins la thèse de la « société du risque » d'Ulrich Beck⁶⁶. Nous sommes en effet assaillis de toutes parts par des incertitudes : incertitude quant à notre statut objectif et subjectif, incertitude en ce qui concerne les valeurs et les développements de notre société, incertitude économique et jusqu'aux scénarii d'un avenir qu'il est difficile de se représenter. Partie constituante de la nature humaine, l'incertitude est devenue omniprésente à tous les niveaux de la société, gagnant un aspect « global » et « englobant »⁶⁷. Notre monde socio-économique étant fortement impacté, il a connu un essor des méthodes de gestion. « *Le modèle de la gestion en général, celui de la gestion des risques en particulier, après avoir colonisé toutes les formes de la politique,* »⁶⁸ vient désormais s'appliquer au monde juridique.⁶⁹ La gestion des risques a mobilisé de nombreux chercheurs notamment en sciences exactes, mais également en finances, en marketing et en économie. Le *risk management* est aujourd'hui une fonction présente dans les entreprises et les institutions quel que soit le domaine d'activité : banque-finances, assurances, télécommunications, aéronautique, commerce et même dans l'administration publique. En France, il y a cependant très peu de littérature spécialisée abordant les sujets juridiques sous l'angle de la théorie du *risk management*⁷⁰. Pourtant, tout le monde s'accorde pour affirmer que le droit représente à la fois une source et un outil de réduction des risques pour l'entreprise et que le juriste, le plus

⁶⁶ U. BECK, *La société du risque : sur la voie d'une autre modernité*, éd. Aubier, 2001; Voir également C. KERMISCH, *Techniques et philosophies des risques*, Vrin, 2007.

⁶⁷ M. DOBRE, « L'incertitude » in *Dictionnaire des risques*, Y. DUPONT (dir.), 2e édition, Armand Colin, 2007.

⁶⁸ *ibidem*.

⁶⁹ E. BARADUC, *Le traitement juridique et judiciaire de l'incertitude*, Dalloz, 2008.

⁷⁰ F. VERDUN, *Le management stratégique des risques juridiques*, *op. cit.*; NURIT-PONTIER, L. et ROUSSEAU, S., *Risques d'entreprise : quelle stratégie juridique ?*, *op. cit.*; H.-B. BOUTHINON, A. MASSON (dir.), *Stratégies juridiques des acteurs économiques*, *op. cit.*; CH. COLLARD et C. ROQUILLY, *La performance juridique : pour une vision stratégique du droit dans l'entreprise*, *op. cit.*; A. MASSON (dir.), *Les stratégies juridiques des entreprises*, *op. cit.*; F. VERDUN, *La gestion des risques juridiques*, *op. cit.*; A. MASSON, H. BOUTHINON-DUMAS, « L'approche Law & Management », *op. cit.*; A. MASSON, « Essai de théorie des stratégies juridiques », *op. cit.*; C. VIGOUR, « Justice : l'introduction d'une rationalité managériale comme euphémisation des enjeux politiques », *op. cit.*; G. DEHARO, *Ingénierie contractuelle et performance de l'entreprise : perspectives économique et dynamique de droit des contrats*, *op. cit.*; H. DE VAUPLANE, « Le rôle du juriste : gardien du temple ou facilitateur de business ? » *op. cit.*; CH. ROQUILLY, « Performance juridique et avantage concurrentiel » *op. cit.*; C. CHAMPAUD et D. DANET, *Stratégies judiciaires des entreprises*, *op. cit.*; J. BARTHELEMY, « L'ingénierie juridique, un concept ; le juriste organisateur : son prêtre », *op. cit.*; CH. COLLARD, « Performance juridique et avantage concurrentiel : le cas des Centres E. Leclerc », *op. cit.*; B. CERVEAU, « Le risque juridique : affaire des spécialistes ou de gestionnaires de risques ? », *op. cit.*; I. BRINK, "LRM : prévention des risques juridiques, une nouvelle approche", *op. cit.*; J. BARTHELEMY, « L'ingénierie juridique : un concept », *op. cit.*; J. PAILLUSSEAU, « Le droit est aussi une science d'organisation », *op. cit.*; T. DU MANOIR DE JUAYE, « Le risque juridique : l'exemple du risque informationnel dans les contrats et les procédures judiciaires », in M.-H. BOUCHET et A. GUILHON LE FRAPER DU HELLEN, *Intelligence économique et gestion des risques*, *op. cit.*

souvent à son insu, est aussi un genre nouveau de *risk manager*. Il doit utiliser ou mettre en place des techniques et outils de gestion de risque juridique.

20. Les risques – préoccupation majeure des établissements de crédit. Les établissements de crédit sont confrontés à des défis importants dans leur quête de solutions efficaces pour mieux gérer et contrôler leurs risques. Réduire les risques devient dans notre société la préoccupation majeure des dirigeants. Les banques doivent tenir compte des risques si elles veulent survivre et pérenniser leur activité. Dans ce cadre, l'activité principale du *risk manager* et implicitement du juriste est d'avoir une connaissance sans faille du portefeuille actuel des risques et de planifier son évolution future. Il doit évaluer si l'ensemble des risques pris sont acceptables ou si, au contraire, ceux-ci sont trop importants afin de pouvoir ensuite décider des actions à mettre en œuvre.

21. Essor de la réglementation en matière de gestion des risques. Les nombreux dysfonctionnements et défaillances du système bancaire américain, qui ont eu des répercussions considérables sur les institutions financières à travers le monde, ont provoqué un essor de la réglementation en matière de gestion des risques bancaires. Les risques juridiques n'y ont pas échappé, car ils sont inclus désormais par la réglementation internationale (Accords de Bâle II) dans la vaste catégorie des risques opérationnels. Avec la multiplication des procès et des condamnations, le risque juridique est venu compléter le paysage des risques bancaires.

22. Annonce du plan. Une part importante de cette partie est dédiée à la détermination de la notion de risque juridique bancaire (Titre I : Détermination de la notion de risque juridique bancaire) afin de pouvoir ensuite souligner les grands enjeux, ainsi que la méthodologie générale de gestion des risques juridiques (Titre II : Détermination des enjeux et de la méthodologie générale de la gestion des risques juridiques bancaires).

Titre I

Détermination de la notion de risque juridique bancaire

Après avoir présenté la notion de risque en économie et en droit (Chapitre I), nous montrerons la typologie des risques bancaires et procéderons enfin à la détermination de la notion du risque juridique, composante majeure du risque opérationnel (Chapitre II).

Chapitre I

La notion de risque en économie et en droit

Il convient au préalable de s'accorder sur la signification du terme « risque » et ensuite de délimiter deux lectures possibles : la lecture « économique » et la lecture « juridique » où les acceptions peuvent être multiples.

23. La connotation négative du « risque » relevée par les différentes étymologies possibles. Le petit Robert 2008 cite comme étymologies possibles l'ancien italien *risco*, le bas latin *risicus* ou *riscus* dérivés du verbe latin *resecare* qui signifiait « couper » ou du grec byzantin *rhizikon*, « hasard », en donnant comme premier sens du mot « risque » celui de « *danger éventuel plus ou moins prévisible* ». Dans la langue française, le mot risque est synonyme de « danger », « hasard », « péril », voire « inconvéient ». Pour les juristes, la genèse du mot est liée au verbe latin *resecare* et aurait eu dès le début une signification juridique, « *le terme relevant du vocabulaire du droit maritime naissant : il s'agissait de l'imputation à un sujet de droit d'une charge financière éventuelle, liée à une entreprise au résultat incertain* »⁷¹.

24. Le concept moderne du risque surpasse la connotation étymologique négative. Malgré la connotation négative induite par les diverses étymologies possibles, nous allons

⁷¹ J. MOURY (dir.), « Le risque » in Cour de Cassation, *Rapport annuel 2011*, « Ayant pour origine le verbe latin *resecare*, signifiant au sens propre enlever en coupant, tailler, et au sens figuré retrancher, supprimer, le substantif risque dérive d'un mot du latin médiéval apparu au xii^e siècle dans des documents pisans et génois, *resicum*, avec dès l'abord une signification juridique, le terme relevant du vocabulaire du droit maritime naissant : il s'agissait de l'imputation à un sujet de droit d'une charge financière éventuelle, liée à une entreprise au résultat incertain. Le vocable ne se dégagera que lentement, au cours du XVI^e siècle, de ce contexte juridique. Le risque s'est ainsi distingué ab initio d'un certain nombre de notions voisines qu'expriment d'autres termes également issus du latin médiéval ou de l'arabe tels que chance, aléa, danger ou encore hasard, en ce que, observe un linguiste, il implique une façon particulière de se rapporter à un événement futur contingent, selon le mode actif de l'anticipation, cependant qu'un danger ou un aléa ne sont qu'attendus, que ce soit d'ailleurs dans la crainte ou dans l'espoir. Entre le risque et les notions auxquelles renvoient ces différents autres termes, ce n'est pas tellement le caractère plus ou moins prévisible de l'événement qui importe, mais le fait que cette anticipation conduit à en penser par avance les conséquences éventuelles sous la forme de dommages possibles et permet, en affectant l'éventualité même du risque d'un coefficient de probabilité, d'en exprimer la valeur dans le présent. Et l'auteur de souligner que, trait marquant découlant de ce caractère actif, le risque suppose un acteur en assumant la charge. ».

voir que c'est la vision ambivalente du risque qui a permis le développement des théories les plus innovantes. D'ailleurs, les économistes considèrent que tant les origines latine⁷² qu'arabe⁷³ du mot « risque » suggèrent à la fois l'idée de danger, hasard, aléa ou chance. Ainsi, si le risque induit l'idée de danger, de péril, de perte ou tout autre dommage, d'inconvénient, de quelque chose de néfaste, il se caractérise avant tout par l'incertitude de sa survenance. Tout le monde s'accorde sur le fait qu'il n'y a pas de risque « zéro » dans une activité, mais l'incertitude est pourtant là : personne ne sait ni quel risque va se produire ni quand il surviendra. Par conséquent, l'homme ne peut que tenter de l'anticiper, de s'y préparer en pensant aux conséquences éventuelles et ensuite de décider s'il veut ou pas prendre des mesures pour la prévention de la survenance d'un tel risque. Néanmoins, à bien y regarder, le risque s'avère porteur, à la fois, de gain et de perte. Ce constat a été exploité par la pensée économique moderne qui a considéré le risque comme une incitation à entreprendre, car étant une possible source d'enrichissement.

25. Risque versus dommage futur. La différence entre un risque et un dommage futur réside dans le fait que, pour le premier, on ne sait ni s'il va se produire, ni quand il va se produire... tandis que, pour le dommage futur, une seule inconnue existe, la date de sa survenance.

26. Dimension économique et juridique du risque. Le risque se prête à plusieurs lectures, y compris économiques et juridiques. Nous nous attacherons à délimiter le périmètre de chacune, tout en montrant que les deux approches se chevauchent parfois, notamment pour les juristes du secteur bancaire pour lesquels l'interaction entre droit et économie est forte. Notre intention est bien de rompre ce parallélisme des deux acceptions, voire la négation réciproque⁷⁴ pour les faire s'entrecroiser et produire un sens notamment pour les juristes et les avocats spécialisés dans le domaine bancaire.

⁷² Du mot latin « *rescare* » qui signifie l'écueil menaçant la navigation, et par extension le risque que court un armateur ou la marchandise en mer.

⁷³ Du mot arabe « *al zahr* » qui signifie le dé ou « *rizk* » signifiant la part que Dieu réserve à chaque homme ; voir P.- C. PRADIER, *La notion de risque en économie*, La Découverte, 2006, p. 9-10, d'autres origines étymologiques du terme sont proposées, notamment celle dérivant du mot arabe « *rizk* » signifiant la part que Dieu réserve à chaque homme ; S. PIRON, « Prologue : Risque, histoire d'un mot », *Risques*, n° 81/82, mars-juin 2010, p. 25.

⁷⁴ Dans la vision du professeur J. MOURY, *op. cit.*, « il y a deux manières d'entendre le « risque juridique ». L'on peut tout d'abord songer à la crainte de la sanction prévue par la règle de droit au cas de méconnaissance de la norme qu'elle édicte. Élaborant une stratégie pour protéger son client, le praticien évoquera auprès de lui le « risque indemnitaire », le « risque fiscal », le « risque pénal » desquels il s'efforcera de le mettre à l'abri. Cela ne relève nullement du risque, mais simplement d'un choix à faire par un sujet de droit en considération des effets normaux, parfaitement prévisibles et certains, de cette règle ». Dans cette approche le risque juridique bancaire, vu comme le risque résultant de l'inadéquation ou la défaillance de tout processus juridique interne (le résultant étant une sanction prévue par la règle de droit au cas de méconnaissance de la norme qu'elle édicte) ou des événements extérieurs ayant des effets juridiques, ne serait rien d'autre qu'un faux risque.

Section I – Le risque et l'économie

27. Le risque dans l'économie classique. Le risque a été quasi-absent de la théorie économique classique⁷⁵ selon laquelle l'homme est considéré comme responsable de son sort. Le système économique imaginé par les pères fondateurs de l'économie met l'accent sur la parfaite rationalité des agents économiques. Etant réputés parfaitement informés, les acteurs économiques dirigés par leurs propres intérêts réussissaient ou non en fonction de leurs choix stratégiques rationnels, de leur bonne foi et de leur prudence – valeur érigée par Adam Smith au rang de vertu.

28. Le risque dans l'économie moderne. Ce sont donc tout d'abord des mathématiciens qui se sont penchés sur la probabilité de survenance du hasard et ce n'est que plus tard que les économistes découvrent le risque ou l'incertitude dans les affaires. Au départ, ils se positionnent par rapport aux théories philosophiques de Hobbes⁷⁶ et Locke pour qui la justification de la création de l'Etat résidait, par ailleurs, dans le besoin de réduire l'incertitude.⁷⁷ C'est Frank Knight⁷⁸ qui, en s'interrogeant sur les raisons qui conduisent certains entrepreneurs à la prospérité et au profit alors que d'autres connaissent la perte et l'insuccès, énonce pour la première fois⁷⁹ une véritable théorie économique moderne du risque. Les écarts de réussite proviennent-ils de la rémunération de capital, de l'exploitation des salariés, de l'abus d'une position dominante ? Dans son ouvrage en 1921, *Uncertainty, Risk and Profit*, Frank Knight considère que le profit est essentiellement la contrepartie du risque assumé par l'entrepreneur. Selon lui, nous sommes amenés à distinguer deux grandes catégories de risques : le risque probabilisable (les accidents, les incendies, les vols, les pertes) et le risque non probabilisable, tel que la découverte d'un nouveau produit technologique, d'un nouveau matériel, d'une nouvelle ressource, etc.⁸⁰ Dans la vision de Frank Knight, c'est l'incertitude (définie comme un risque non probabilisable d'un point de vue objectif) qui joue un rôle fondamental dans le profit de l'entrepreneur. Elle ne joue pas « nécessairement un aspect négatif. De fait, le profit qui lui est associé est une incitation à

⁷⁵ Pour une analyse de la notion de risque en économie : P.-C. PRADIER, *op. cit.*

⁷⁶ Pour HOBBS (1651) l'existence de l'Etat est justifiée par la réalité décrite par l'adage latin homo homini lupus est, c'est-à-dire par la menace que représente l'homme pour l'homme.

⁷⁷ R. OBEGI, *Risque et crédit, Le certificat hypothécaire – une solution pour les pays émergents*, Bruylant, Delta, LGDJ, 2009, p. 18.

⁷⁸ T. KIRAT, F. MARTY et L. VIDAL, « Le risque dans le contrat administratif ou la nécessaire reconnaissance de la dimension économique du contrat », *Revue internationale de droit économique* 3/2005 (t. XIX, 3), p. 291-318 ; F.H KNIGHT, *Risk, Uncertainty and Profit*, Boston, Houghton Mifflin, 1921, traduit et cité par T. KIRAT, F. MARTY et L. VIDAL, *op. cit.*, p. 294.

⁷⁹ Par la suite, des économistes comme Keynes dans les années 1930, HAYEK dans les années 1950, DEBREU, ARROW et STIGLER dans les années 1960, North dans les années 1980 se sont intéressés au risque et à l'incertitude.

⁸⁰ Ce qui distingue ces deux risques c'est la nature de la probabilité : objective pour le premier et subjective pour le deuxième. Seulement le risque probabilisable d'une manière objective est assurable. En revanche, le terme d'incertitude est associé au risque non probabilisable d'un point de vue objectif. La probabilité de l'incertitude est subjective et de ce fait elle n'est pas assurable.

entreprendre. On peut rapprocher cette conception de celle de Schumpeter⁸¹ sur l'innovation. L'innovateur prend un risque en expérimentant une nouvelle méthode, un nouveau concept ; s'il échoue il perd, mais s'il réussit le prix justifie le risque pris. »⁸².

Cependant, pour expliciter le lien entre profit et prise en charge des risques, il convient de regarder les travaux de Cantillon⁸³. L'entrepreneur y reçoit une définition similaire à celle donnée par Frank Knight : « *il est celui qui prend à sa charge un risque non assurable du fait d'un caractère « hors du commun » et d'un faible degré d'aversion pour le risque. Dès lors, le profit réalisé par l'entrepreneur se définit à partir du risque qu'il accepte de prendre à sa charge et des anticipations divergentes qu'il forme sur le futur. Ces deux dimensions du lien entre risque et profit correspondent respectivement aux apports de la théorie financière du risque et de la nouvelle microéconomie* »⁸⁴. C'est une conception résolument moderne des notions de profit et de risque car, dans la pensée néoclassique dans la lignée de Walras, le profit était perçu d'une manière un peu réductrice, étant la simple rémunération du capital dans une économie concurrentielle⁸⁵.

Cela étant, la classification proposée par Knight a été critiquée car, la barrière entre le risque et l'incertitude, telle que définie par l'auteur, est moins rigoureuse qu'elle n'apparaît à première vue. Dans le monde des affaires le risque objectif et le risque subjectif (incertitude) peuvent être assurables à condition que l'on trouve une contrepartie⁸⁶.

29. Le risque dans la théorie financière. Dans la théorie financière, le risque réside dans la fluctuation de la valeur d'un titre financier ou du rendement d'un investissement, c'est-à-dire d'un actif donné. Le risque d'un actif financier se mesure à la fluctuation de sa valeur (ou de son taux de rentabilité) : plus la valeur est volatile, plus le risque est fort, et *vice versa*. Les agents économiques ne réagissent pas tous de la même façon face au risque. A l'encontre du postulat de la rationalité absolue des agents économiques qui constitue le noyau de la pensée économique classique, la nouvelle microéconomie prend en considération les comportements différents des acteurs économiques, soit en raison d'une information incomplète, soit d'une information asymétriquement répartie. Le concept de rationalité limitée ouvre la voie à l'analyse de l'allocation optimale des risques⁸⁷. Ainsi, dans l'hypothèse d'une information partagée, face à une partie qui présente une aversion au risque, le contrat optimal exige une compensation sous la forme d'une prime de risque, équivalente à un contrat d'assurance. Si la fluctuation de l'actif s'avère inférieure à celle qui était provisionnée par la prime, l'autre

⁸¹ J.A. SCHUMPETER, *The Theory of Economic Development*, Cambridge, Massachusetts, 1934, traduit et cité par T. KIRAT, F. Marty et L. Vidal, *op. cit.*

⁸² R. OBEGI, *op. cit.* p. 20.

⁸³ R. CANTILLON, *Essai sur la nature du commerce en général*, Quissac, Dusserre-Telmon, 2000, p. 245 cité par T. KIRAT, F. MARTY et L. VIDAL, *op. cit.*, p. 291-318.

⁸⁴ T. KIRAT, F. MARTY et L. VIDAL, *op. cit.*, p. 291-318.

⁸⁵ N. MOUREAU, D. RIVAUD –DANSET, *L'incertitude dans les théories économiques*, La Découverte, 2004, p. 9.

⁸⁶ R. OBEGI, *op. cit.*, p. 20 qui cite J.-L. CAYATTE, *Introduction à l'économie de l'incertitude*, De Boek Université, Bruxelles, 2004.

⁸⁷ M., ALLAIS, « Le comportement de l'homme rationnel devant le risque : critique des postulats et axiomes de l'école américaine », *Econometrica*, volume 21,1953, p. 503-546.

partie enregistrera un surprofit, rémunération du risque qu'elle a accepté de prendre en charge⁸⁸.

Dans l'hypothèse où les deux contractants sont neutres par rapport au risque, le contrat optimal ne comportera pas de prime de risque. Le profit correspondra à la marge réalisée. Dans ce cas, la notion de surprofit ne s'applique plus, car le surprofit suppose l'existence des comportements différents face au risque, motivés principalement par l'asymétrie d'informations et les erreurs d'anticipation⁸⁹.

30. Nature ambivalente du risque. De nos jours, la simple évocation du mot risque suggère à tout un chacun des effets négatifs, une perte, une absence de profit ou un dommage. Cependant le risque présente une nature ambivalente qui fait de lui un « porteur de gain ou de perte »⁹⁰. Lorsqu'on prend une décision, l'on ouvre la porte à deux volets d'une alternative: la décision prise aura soit des conséquences positives (gains) soit des conséquences négatives (pertes). C'est pour cela qu'« en réalité, le risque apparaît comme un facteur autonome et irréductible dans la décision des agents. Mieux encore, il s'agit d'une force de négentropie qui oblige les agents à coopérer, à créer des institutions, à rechercher de nouvelles opportunités. Par la tension que le risque engendre, il accroît le transfert des informations et évite le déclin progressif des sociétés vers l'extinction. Cependant il comporte également une dose d'ambiguïté. Janus économique, le risque peut pousser tout à la fois vers plus d'organisation et d'échanges mais tout aussi souvent vers le désordre et l'inactivité. »⁹¹

31. Typologie des risques. Les économistes ont approfondi l'étude de la notion de risque, s'intéressant aux différents types de risques, à la conjonction des différents facteurs (durée, personne), aux modalités d'évaluation, de calcul de probabilités, de détermination des coûts financier et humain, etc. L'identification d'une typologie exhaustive des risques qui puisse satisfaire l'analyste de risque constitue un vrai défi. L'explication réside notamment dans la très grande variété des façons d'aborder le problème et de la qualité des résultats, trop souvent exposés aux possibles critiques.

Il semble que toute classification dépende finalement du but poursuivi et de la nature des recherches menées. Nous pouvons prendre en compte divers critères, parmi lesquels nous pouvons énumérer les facteurs causaux (environnementaux, organisationnels, techniques, humains), les événements dommageables (naturels, logistiques, de production, chimiques, électriques, mécaniques, erreurs humaines, défaut d'éthique, inaptitudes, etc.), les cibles (personnes physiques ou morales, meubles ou immeubles, activités), leurs effets (perte d'argent, manque à gagner, atteinte à la réputation, faillite, perte de vie, handicap, etc.) leur fréquence (fréquents, rares). Il est également possible de les classer en fonction de leur

⁸⁸ P. CAHUC, *La nouvelle microéconomie*, La Découverte, Repères, 1993, p. 124.

⁸⁹ T. KIRAT, F. MARTY et L. VIDAL, *op. cit.*, p. 291-318.

⁹⁰ J. CHARBONNIER, *Le risk management, Méthodologie et pratiques*, L'Argus de l'assurance, 2007, p. 22.

⁹¹ R. OBEGI, *op. cit.* p. 11.

appartenance à un certain domaine (sphère d'activité ou sphère naturelle) : risques naturels, technologiques, sociopolitiques, financiers.⁹²

32. Risques historiques et émergents. Dire que le risque est protéiforme et se caractérise par une très grande diversité des hypothèses peut paraître commun. Moins commune est l'observation que, si à première vue l'on est tenté de dire que la notion de risque est intimement liée à la notion d'instantanéité (survenance inattendue d'un événement), au fil des études, il est apparu que le risque s'inscrit souvent dans une certaine durée. Cet aspect temporaire implique d'une part que les causes peuvent être identifiées en remontant plus ou moins loin dans le passé, et d'autre part qu'une source actuelle de risque éventuel peut produire des effets dommageables dans un avenir plus ou moins lointain. D'après le critère de la durée, le risque peut être classifié dans deux catégories : le risque historique et le risque émergent. Le risque historique suppose que les causes de l'aléa survenu remontent dans le temps. Dans ce sens, nous pouvons citer le contentieux initié par les descendants des victimes de l'Holocauste contre les banquiers et les assureurs qui refusaient de restituer les dépôts ou le capital promis aux termes des contrats signés avant le début de la Seconde Guerre Mondiale⁹³. A l'antipode se trouve le risque émergent. « *On peut qualifier d'émergent tout risque dont les causes existent en tout ou en partie mais n'ont pas encore été décelées, ou du moins dont les éventuelles conséquences négatives n'ont pas été détectées ou ont insuffisamment été évaluées* ». ⁹⁴

33. Risques subis ou choisis. Bien qu'elle soit moins courante, et parfois critiquée, il existe également dans la littérature spécialisée une distinction entre les risques subis, qui ne sont pas délibérés, et ceux choisis. Un exemple typique du risque choisi est le tabagisme ou la suralimentation excessive. Mais l'auto-exposition au risque peut prendre diverses formes : ce pourrait être l'approche choisie par une banque ou autre entreprise de ne faire les contrôles imposés par la loi qu'à partir d'un certain seuil, etc. Les risques subis ont en commun le fait que les personnes qui sont touchées se trouvent dans l'impossibilité d'empêcher leur survenance.

34. Gravité et fréquence. Les risques peuvent être hiérarchisés selon leur importance, de manière à mettre en lumière les risques les plus préoccupants afin de les traiter en priorité. La hiérarchisation peut se faire à la fois en fonction de leur gravité et de leur fréquence. Un risque très grave car très coûteux présente en général une fréquence moindre que le risque moins grave. Il convient donc de pondérer le poids de chaque risque par la fréquence de sa réalisation. Suivant ce critère, on peut également opérer une classification, en distinguant les risques de fréquence et les risques extrêmes ou d'amplitude.

Force est de constater que, dans l'approche économique du risque, les éléments fondamentaux sont les besoins pragmatiques, d'une part, d'anticipation de l'événement redouté et de ses conséquences éventuelles (perte ou tout autre dommage possible, quantifiable ou pas) et,

⁹² J. CHARBONNIER, *op. cit.*, p. 87.

⁹³ *idem*, p. 21.

⁹⁴ *ibidem*.

d'autre part, d'affectation d'un coefficient de probabilité et d'expression de la valeur dans le présent.

Après avoir présenté les principales caractéristiques de la notion de risque économique et les classifications possibles, nous allons nous focaliser sur l'approche juridique des risques.

Section II – Le risque et le droit

35. Droit et risque. Omniprésent dans notre société, le droit est toujours en évolution. Le législateur doit discerner quels sont ou quels seront les rapports entre les individus afin de pouvoir attacher des droits (prérogatives, protection) et des contraintes juridiques (obligations, devoirs) dont la méconnaissance doit produire les effets désignés par les lois. Les lois doivent envisager et par conséquent pouvoir répondre au besoin de sécurité et de justice des individus, en tenant compte des risques afférents aux rapports juridiques⁹⁵. C'est ainsi que le droit se doit d'envisager et trouver des réponses aux risques avérés ou potentiels, et cela afin de contenir les conséquences dommageables de leur réalisation. Le législateur, mais également le magistrat dans certaines circonstances, s'appliquent en effet à déterminer la règle de droit la plus opportune suivant l'époque, les personnes et biens concernés, les territoires envisagés... dans l'exercice de la propriété, dans les successions, dans les créances, etc.⁹⁶. La loi, face à l'incertitude des relations économiques qui se tissent entre les individus au moyen des contrats, doit fixer des règles qui auront vocation de s'appliquer en cas de concrétisation d'un événement redouté. Dans la mesure du possible, elle doit également désigner par avance qui supportera les conséquences d'un risque.

C'est une tâche difficile, mais intrinsèque du droit. Dans le cas de l'inexécution d'une obligation, la loi doit distinguer plusieurs cas de figure : existence ou absence de faute de l'une des parties, existence ou absence d'un dommage, d'un lien de causalité, existence ou absence d'un cas de force majeure, etc.... Les réponses légales peuvent être impératives ou

⁹⁵ J. MOURY *op. cit.* : « Le risque pénètre la règle de droit dès l'aube naissante des temps juridiques. Voici près de quatre mille ans, il loge dans plusieurs dispositions du Code d'Hammurabi. Ainsi l'« art. » 48 de ce recueil prévoit-il que, « si quelqu'un a une dette et si le dieu Adad a noyé son terrain, ou bien si une crue l'a emporté, ou bien si, faute d'eau, de l'orge n'a pas été produite sur le terrain, en cette année-là il ne rendra pas d'orge à son créancier et [...] donc ne livrera pas l'intérêt dû pour cette année-là 17 ». La notion se ramassera longtemps en un événement prévisible dans sa possibilité de survenance et dans ses conséquences, donc connu, quantifiable et pouvant dans cette mesure donner prise, par le moyen du droit, à divers mécanismes pour contenir les effets dommageables de sa réalisation. Tel que le risque est saisi par le droit, les applications du concept tendent toutes, convergeant vers la satisfaction d'un besoin de sécurité, à corriger les déséquilibres qu'est susceptible d'engendrer, au sein de relations individuelles ou dans un cadre collectif, la survenance de l'événement redouté. ».

⁹⁶ E. PICARD, *Les constantes du Droit*, Flammarion, 1921, p. 194 (téléchargeable sur Gallica.fr) « Platon disait déjà que l'objet essentiel du Bon Législateur est de découvrir ce qui importe le plus pour le bonheur des citoyens et de la Cité. Sinon, il devient une hypocrisie sociale et suscite des désordres. ».

supplétives, au cas où la volonté des parties pourrait les adapter ou les rejeter, allant même à l'encontre de leur fondement.

Les solutions envisagées par le législateur ne pouvant pas couvrir toutes les situations concrètes, le droit a conçu des principes généraux qui doivent guider les magistrats dans leur travail (le principe de bonne foi⁹⁷ étant un bon exemple et de surcroît en pleine expansion grâce à sa force créatrice, le principe de sécurité⁹⁸, le principe de proportionnalité⁹⁹, etc.), donnant libre cours à un pouvoir d'adaptation judiciaire, permettant le rééquilibrage des prestations¹⁰⁰. Lévy-Bruhl regardait le droit comme « *l'ensemble des règles obligatoires déterminant les rapports sociaux imposés à tout moment par le groupe auquel on appartient* »¹⁰¹. Or la société contemporaine est hantée par la peur des risques et, dès lors, par le besoin de sécurité¹⁰² - une « *forme contemporaine de l'angoisse; une forme abrégée, moins érudite* »...¹⁰³. C'est ce qui a conduit un auteur à tirer la conclusion que « *le risque s'impose désormais comme une nouvelle rationalité du droit, c'est-à-dire une nouvelle manière de raisonner en droit, de penser le droit* ».¹⁰⁴

La saisie par le droit de ce phénomène se fait à tous les niveaux et dans tous les domaines, du droit privé en général¹⁰⁵ au droit public¹⁰⁶, en passant par le droit des contrats¹⁰⁷, le droit des

⁹⁷ Voir R. DESGORGES, *La bonne foi dans le droit des contrats, rôle actuel et perspectives*, thèse Paris II, ss direction D. TALLON, 1992 ; Y. PICOD, *op. cit.* ; G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, LGDJ 4^{ème} éd., 1949 ; R. VOUIN, *La bonne foi, notion et rôle en droit privé français*, LGDJ, 1939.

⁹⁸ C. BLOCH, *L'obligation contractuelle de sécurité*, PUAM, préf. R. BOUT, 2002 ; numéro spécial *Gaz. Pal.*, 23 sept. 1997 ; L'obligation de sécurité jurisprudentielle a été découverte dans les contrats sur le fondement de l'art. 1135 du Code civil dans le but d'assurer la réparation des dommages corporels subis par l'un des contractants au cours de l'exécution du contrat. Le législateur à son tour a introduit des nouvelles obligations de sécurité, à titre d'exemple dans le domaine de la responsabilité des produits défectueux, du droit du travail, etc.

⁹⁹ Voir en ce sens S. LE GAC-PECH, *La proportionnalité en droit privé des contrats*, thèse, préf. H. MUIR-WATT, Paris, LGDJ, 2000.

¹⁰⁰ Les excès de ce rééquilibrage ont été montrés dans la doctrine : voir not. J. MESTRE, *RTD Civ.* 1993, 124 : « Une bonne foi franchement conquérante... au service d'un certain pouvoir de révision judiciaire de révision du contrat » ; voir aussi *Les notions à contenu variable en droit*, Etudes C. PERELMAN et R. VANDER ELST, Bruylant, 1994, *Mélanges R. Perrot, Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs*, Dalloz, 1996, p. 299 et s.

¹⁰¹ H. LEVY-BRUHL, *Sociologie du droit*, PUF, coll. « Que sais-je ? », 6e éd., 1981, p. 21.

¹⁰² J. MOURY, *op. cit.*, : « L'omniprésence du risque est le symptôme, techniquement, des dérèglements d'une société qui ne parvient pas à maîtriser totalement les applications des avancées constantes de ses connaissances théoriques, sociologiquement, de la maladie de cette même société dont le besoin de sécurité ne cesse de croître pour se loger dans tous les replis du corps qui en est atteint... ».

¹⁰³ J. CARBONNIER, *Flexible droit*, LGDJ, 10^e éd., 2001, p. 203.

¹⁰⁴ H. BARBIER, *La liberté de prendre des risques*, thèse Aix-Marseille-III, PUAM, 2010, p. 11, n° 6.

¹⁰⁵ A.-C. MARTIN, *L'imputation des risques entre contractants*, préf. D. Ferrier, LGDJ, *Bibl. dr. pr.*, t. 508, 2009 ; C. CHABAS, *L'inexécution licite du contrat*, préf. de J. GHESTIN, avant-propos de D. MAZEAUD, LGDJ, *Bibl. dr. pr.*, t. 380, 2002 ; F. MILLET, *La notion de risque et ses fonctions en droit privé*, préf. A. BEABENT, A. LYON-CAEN, Clermont-Ferrand, Presses Universitaires de la Faculté de droit de Clermont-Ferrand, Collection « Thèses de l'Ecole doctorale de Clermont-Ferrand », ; G. ETIER, *Du risque à la faute : évolution de la responsabilité civile pour le risque du droit romain au droit commun*, Schulthess & Bruylant, Genève-Bruxelles, 2006 ; *Responsabilité pénale et responsabilité civile des professionnels : actualité et avenir des notions de négligence et de risque* : 22e Colloque de droit européen, La Laguna, 17-19 novembre 1992, Strasbourg, Editions du Conseil de l'Europe, 1995.

assurances¹⁰⁸, le droit pénal¹⁰⁹, le droit médical¹¹⁰, le droit administratif¹¹¹, le droit de la propriété intellectuelle¹¹², le droit bancaire et financier¹¹³ ou bien le droit spatial¹¹⁴, etc.

En droit, c'est le domaine des assurances qui, à l'origine, a mis l'accent sur la notion de risque, en lui conférant dès le début une lecture moderne inspirée de la pensée mathématique et de la théorie économique¹¹⁵. Le domaine des assurances se situe par excellence entre droit, économie et risques, les aléas étant sa raison d'être. Il porte une vraie symbiose entre trois visions du risque : juridique, mathématique et économique. Dans le droit des assurances, le risque représente un événement incertain quantifié ou en tout cas quantifiable. Il porte sur un événement connu, mais il n'est que potentiel, sa survenance étant incertaine. Pour sa quantification et qualification, on utilise des instruments mathématiques et économiques, notamment les statistiques afin de mettre en évidence ses probabilités d'occurrence. Dans le domaine des assurances, il faut parvenir à mesurer un événement redouté.

Dans le droit des contrats en général, le risque a été défini comme étant « *toute déviation par rapport à la ligne tracée, au projet initial social, économique ou financier dont les parties étaient initialement convenues* »¹¹⁶.

Le Code civil prend en compte les risques, en opérant tout d'abord la distinction entre deux grandes catégories des contrats : les contrats aléatoires et les contrats commutatifs¹¹⁷.

Dans le contrat aléatoire, « *au moment de la formation du contrat, l'une au moins des deux parties ne connaît pas l'étendue exacte de la prestation qu'elle sera tenue d'accomplir, car*

¹⁰⁶ M. M. MBENGUE, *Essai sur une théorie du risque en droit international public : l'anticipation du risque environnemental et sanitaire*, Pedone, 2009.

¹⁰⁷ A.-C. MARTIN, *L'imputation des risques entre contractants*, op. cit.; C. CHABAS, op. cit.; F. MILLET, op. cit.

¹⁰⁸ *L'aléa*, Journées nationales, Tome XIV, organisées par l'Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française le 3 avril 2009, avec le concours de la Faculté de droit, de sciences économiques et de gestion de l'Université du Maine, Paris, éd. Dalloz, 2011.

¹⁰⁹ E. DAOUD, *Gérer le risque pénal en entreprise*, Lamy, 2011; A. KLETZLEN, *Evaluation du risque et prévention de la criminalité dans le processus législatif*, Guyancourt : Centre de Recherches Sociologiques sur le Droit et les Institutions Pénales, 2000.

¹¹⁰ K. FOUCHER, *Principe de précaution et risque sanitaire : recherche sur l'encadrement juridique de l'incertitude scientifique*, L'Harmattan, 2002; J. SAISON, *Le risque médical : évolution de la responsabilité sans faute du service public hospitalier*, L'Harmattan, 1999.

¹¹¹ T. KIRAT, *Economie et droit du contrat administratif : l'allocation des risques dans les marchés publics et les délégations de service public*, Paris, éd. Documentation française, 2005.

¹¹² G. HÜBNER, P.-A. MICHEL, M. SERVAIS, *Valeur et risque des brevets pour les biotechnologies*, Larcier, Bruxelles, 2003.

¹¹³ J. SPINDLER (dir.), *Contrôle des activités bancaires et risques financiers*, préf. J.-L. GAFFARD, Economica, 1998; R. OBEGI, op. cit.

¹¹⁴ L. RAVILLON (dir), *Gestion et partage des risques dans les projets spatiaux : questions d'actualité*, Société française de droit aérien et spatial. Commission spatiale, Pedone, 2008.

¹¹⁵ F. MILLET, op. cit., p. 3; pour une présentation succincte des théories mathématiques du risque et le calcul des probabilités voir D. LE BRETON, *Sociologie du risque*, PUF « Que sais-je ? », 2012.

¹¹⁶ J.M. MOUSSERON, « La gestion des risques par le contrat », *RTD civ.*, 1988, p. 481.

¹¹⁷ L'art. 1104 Code civil dispose: « Il est commutatif lorsque chacune des parties s'engage à donner ou à faire une chose qui est regardée comme l'équivalent de ce qu'on lui donne, ou de ce qu'on fait pour elle. Lorsque l'équivalent consiste dans la chance de gain ou de perte pour chacune des parties, d'après un événement incertain, le contrat est aléatoire. ».

celle-ci dépend d'un événement incertain, c'est-à-dire d'un aléa. »¹¹⁸. Le contrat d'assurance en est la parfaite illustration : l'assuré connaît l'étendue exacte de sa prime d'assurance, l'assureur en revanche ne connaît pas l'étendue exacte de la prestation qu'il sera tenu d'accomplir, celle-ci dépendant de la survenance des risques couverts jusqu'à la fin de la période prévue par le contrat.

Le Code civil prend en compte également d'autres éléments de risque comme la force majeure ou le cas fortuit qui pourrait perturber le bon déroulement du contrat.

La philosophie contractuelle est individualiste : les parties contractantes sont préoccupées par leurs propres intérêts privés dans l'espoir de profit qu'elles souhaitent réaliser. Confrontés à la possibilité de survenance d'un risque, les contractants sont libres de choisir leur stratégie ou pas. Ils peuvent prévoir des clauses pour se protéger des effets défavorables de la réalisation du risque (contrats d'assurance, etc.), des clauses pour gérer l'effet favorables d'un événement éventuel, des règles d'imputation des risques (clauses de transfert des risques, etc.), tout comme ils peuvent choisir de ne pas modifier le régime légal. Les contractants peuvent également décider de « *laisser le hasard faire son œuvre* »¹¹⁹ un choisissant de souscrire un contrat aléatoire.

36. Deux acceptions du risque juridique. Il existe deux manières de concevoir le risque d'un point de vue juridique : d'une part, une approche classique qui vise les mécanismes prévus par le droit pour « *corriger les déséquilibres qu'est susceptible d'engendrer la survenance de l'événement redouté dans le souci de satisfaire un besoin de sécurité* »¹²⁰ (§1) et, d'autre part, une approche moderne, résolument orientée vers la gestion des risques, qui est celle des mécanismes utilisés par l'entreprise pour prendre en charge les conséquences dommageables provoquées par un litige, par l'ambiguïté de la loi ou par un revirement jurisprudentiel défavorable (§2).

37. L'approche orientée vers la gestion des risques. Cette dernière acception du risque juridique est le pain quotidien d'un nouveau métier que les Anglo-Saxons appellent le *legal risk management*. Les objectifs du praticien sont tout d'abord de connaître les risques juridiques avérés et potentiels de son entreprise, et ensuite de mettre en place différents dispositifs de gestion des risques au sein de l'entreprise, et d'intégrer des mesures de protection. Il doit élaborer ainsi une stratégie de gestion des risques juridiques. Loin d'être prévisibles, les risques juridiques comportent une grande partie d'incertitude, car ils sont le plus souvent liés au comportement des collaborateurs et des clients. Leur maîtrise nécessite un effort réel d'anticipation et de corrélation entre d'une part les développements législatifs nationaux et européens, jurisprudentiels et réglementaires et d'autre part les pratiques courantes dans l'entreprise. Cela relève à la fois du risque de perte auquel est confrontée une entreprise, mais également des choix à faire, en pesant les bénéfices et les risques d'une pratique qui pourrait avoir des conséquences en termes de sanctions de nature juridique. En

¹¹⁸ M. FABRE-MAGNAN, *Les obligations*, t. 1, *Contrat et engagement unilatéral*, op. cit., p. 183.

¹¹⁹ A.-C. MARTIN, *L'imputation des risques entre contractants*, op. cit., p. 6.

¹²⁰ J. MOURY (dir.), op. cit., p. 81.

d'autres termes, le juriste d'entreprise doit être en mesure de concevoir des mesures de réduction des risques.

Cependant, cette acception est parfois critiquée par la doctrine. Ainsi, pour certains auteurs, elle ne « *ne relève nullement du risque, mais simplement d'un choix à faire par un sujet de droit en considération des effets normaux, parfaitement prévisibles et certains, de cette règle* ¹²¹ ». Selon nous, cette critique n'est pas justifiée, car le plus souvent les risques juridiques de l'entreprise ne naissent pas des « *effets normaux, parfaitement prévisibles et certains* » de la règle qui a été méconnue. Cette hypothèse est limitée aux risques connus et acceptés en tant que tels par l'entreprise : on peut envisager le cas où l'entreprise décide d'assumer un risque qu'elle connaît et qu'elle pense pouvoir couvrir sans mettre en péril son existence ou sa réputation ; ce serait par exemple le cas où le respect *ad literam* de la loi supposerait un coût trop important de mise en place de nouveaux systèmes de vérification par rapport aux sanctions encourues. En pratique, les risques juridiques de l'entreprise peuvent naître des défaillances humaines ou des défaillances des processus internes, de l'ambiguïté de la loi ou encore des revirements jurisprudentiels, etc. Or, ces causes sont loin d'être « parfaitement prévisibles » et demandent des efforts de création d'instruments permettant de réduire ou éviter de tels risques. Il faut enfin distinguer les pertes attendues (*expected losses*) des pertes inattendues (*unexpected losses*). Ainsi, à titre d'exemple, le non-remboursement total ou partiel d'un crédit à l'échéance représente pour la banque une perte attendue qui doit être couverte par la tarification du crédit. En revanche, la forte détérioration du profil du risque d'un client ou les pertes excédant les prévisions du banquier constituent des pertes inattendues qui doivent être couvertes par des fonds propres au titre du risque de crédit ¹²².

Nous allons désormais aborder la première lecture que l'on donne de la notion de risque juridique, à savoir les mécanismes utilisés par le droit pour aménager les conséquences de la réalisation d'un risque.

¹²¹ *idem*, p. 91: « Par-delà ce constat, il y a deux manières d'entendre le « risque juridique ». L'on peut tout d'abord songer à la crainte de la sanction prévue par la règle de droit au cas de méconnaissance de la norme qu'elle édicte. Élaborant une stratégie pour protéger son client, le praticien évoquera auprès de lui le « risque indemnitaire », le « risque fiscal », le « risque pénal » desquels il s'efforcera de le mettre à l'abri. Cela ne relève nullement du risque, mais simplement d'un choix à faire par un sujet de droit en considération des effets normaux, parfaitement prévisibles et certains, de cette règle. ».

¹²² Y. BOUDGHENE et E. DE KEULENEER, *Pratiques et techniques bancaires*, *op. cit.*, p. 150.

§1. Approche classique : les mécanismes utilisés par le droit privé pour aménager les risques

38. Périmètre. Les développements qui suivent témoignent de l'intérêt qu'on porte au droit privé des contrats¹²³, même si l'on évoquera également la responsabilité. C'est un choix pragmatique, car il faudra bien distinguer la théorie des risques de la théorie du risque, deux constructions qui, malgré la ressemblance des noms, ont des applications différentes. Par conséquent, nous limitons délibérément le périmètre de notre étude en montrant comment le droit privé, et notamment le droit des contrats, arrive à appréhender les notions de risque et de profit à travers des règles attributives¹²⁴ constituées au niveau de la loi ou des parties contractantes¹²⁵.

Le contrat est un terrain privilégié pour étudier la notion du risque juridique, car celui-ci est par sa nature même entièrement soumis aux aléas du futur. C'est également dans le domaine contractuel que l'on s'aperçoit de la dualité de la notion de risque. Le volet négatif n'exclut pas le volet positif : l'incertitude du résultat final en cas de concrétisation du risque fait que le risque pourrait être envisagé comme la corrélation entre perte et profit, malheur et chance, perte et gains, dommage et prospérité. Certes, il représente le plus souvent les conséquences dommageables d'un événement (« le risque malheureux »)¹²⁶, mais à l'instar de la notion économique, le risque saisi par le droit peut être porteur de conséquences favorables (« le risque heureux »). Moins fréquents, *les risques heureux* sont d'habitude pris en charge par les parties via des aménagements contractuels.

La loi veille au respect de la force obligatoire du contrat. Pourtant, le contrat est certainement soumis à l'incertitude, tout comme les êtres humains qui l'ont fait. Dans un souci d'efficacité et de crédibilité, la loi s'efforce, d'une part, de prévenir le risque et, d'autre part, lorsque la prévention des risques est impossible, énonce par avance des règles supplétives à appliquer au moment de la réalisation de l'événement redouté.

Ces considérations conduisent à diviser cette sous-section entre la prise en charge des risques à l'aide des clauses contractuelles (A), la théorie des risques mise en œuvre par le droit dans le domaine contractuel (B), la notion de risque en droit de la responsabilité civile (C), la prise

¹²³ Pour l'analyse du risque dans le contrat de droit public, voir T. KIRAT, *Economie et droit du contrat administratif : l'allocation des risques dans les marchés publics et les délégations de service public*, op. cit., p. 83 et s. ; Pour l'analyse du risque dans le contrat en droit privé : A.-C. MARTIN, « La gestion des risques par le contrat » in H. BOUTHINON-DUMAS, A. MASSON (dir.), *Stratégies juridiques des acteurs économiques*, op. cit., pp. 133-144 ; Cependant il faut préciser que les justifications des règles attributives des risques au débiteur en droit privé peuvent trouver leur racines dans le raisonnement économique tel qu'il est expliqué par T. KIRAT dans l'étude précitée.

¹²⁴ Qu'on appellera aussi « mécanismes d'imputation » dans la lignée des thèses de : A.-C. MARTIN, *L'imputation des risques entre contractants*, op. cit. et F. MILLET, op. cit. ; Pour la définition de la notion d'imputation : P. RICOEUR, « Le concept de la responsabilité. Essai d'analyse sémantique », in *Le juste*, Esprit, 1993, p. 44 : « imputer une action à quelqu'un, c'est la lui attribuer comme à son véritable auteur, la mettre pour ainsi parler sur son compte et l'en rendre responsable ».

¹²⁵ A.-C. MARTIN, *L'imputation des risques entre contractants*, op. cit.

¹²⁶ Voir Cour de Cassation, « Etude sur le risque » in *Rapport annuel 2011* « Le risque environne les contrats synallagmatiques : risque heureux (de l'arabe « rizq », à travers le grec byzantin : la solde quotidienne, la fortune) et risque malheureux (du latin « resecaire », scier en deux) ».

en charge des risques à travers de mécanismes ayant comme finalité la prévention des risques (D).

La notion des risques du contrat ne figure dans aucun article du Code Civil en tant que telle. Cependant, nous l'avons vu, le concept du risque n'est pas étranger au droit qui a conçu plusieurs mécanismes afin d'attribuer les risques, c'est-à-dire les conséquences dommageables. Nous allons voir d'abord comment la pratique contractuelle a donné naissance à de nombreuses clauses ayant comme finalité d'attribuer le risque dans la manière la plus souhaitable des parties contractantes.

A. Risques et clauses contractuelles

1. Principe de licéité des aménagements contractuels des risques

39. Licéité des clauses contractuelles. Le terme de liberté contractuelle¹²⁷ recouvre une triple faculté - liberté de contracter, liberté dans le choix de la personne du contractant et liberté de déterminer librement, mais en accord avec l'autre partie, les clauses du contrat. Les parties sont en mesure de décider *a priori*, au moment de la conception du contrat, le sujet de droit qui supportera les conséquences de l'événement redouté. Depuis toujours, les contractants ont senti le besoin de prévoir l'éventualité d'un changement de circonstances extérieures menaçant l'équilibre contractuel tel qu'ils l'ont envisagé lors de la conclusion du contrat. Cette force créatrice contractuelle est l'oxygène de la vie des affaires permettant aux marchands, transporteurs et autres de façonner le droit des contrats en fonction de leurs intérêts. En effet, *«très tôt, les transporteurs s'entendent à mettre les risques financiers au compte des marchands affréteurs. Les uns hasardent leur vie, les autres leur argent. À tout prendre, les marchands semblent préférer le risque à une hausse des coûts du transport. Sur la plupart des places maritimes, l'habitude se prend même de stipuler dans les contrats une étonnante clause : l'affréteur paiera l'éventuelle rançon du capitaine et des marins. Les règlements hanséatiques vont encore plus loin : le marchand devra supporter les frais de pèlerinages qu'accompliront les marins pour en avoir fait le vœu à l'heure du danger »*¹²⁸

40. Diversité des clauses contractuelles. Nous pourrions ainsi donner plusieurs exemples, sans prétendre à l'exhaustivité¹²⁹. Citons à ce titre les clauses de risques et périls¹³⁰, les

¹²⁷ Voir E. GOUNOT, *op. cit.*, qui a mis en lumière les trois grands principes du droit des contrats, dérivés du concept d'autonomie de la volonté : la liberté contractuelle, la force obligatoire du contrat et son effet relatif. ; En droit contemporain, on évoque comme principes directeurs du droit des contrats la liberté contractuelle, l'utilité sociale et la justice contractuelle : J. GHESTIN, G. LOISEAU et Y.-M. SERINET, *La formation du contrat*, t. 1 *Le contrat – Le consentement*, *op. cit.*, n° 233 à 253.

¹²⁸ J.-M. MOUSSERON, *Technique contractuelle*, Francis Lefebvre, 3e éd., 1998, p. 426 ; J. FAVIER, *De l'or et des épices*, Fayard, 1987, p. 292.

¹²⁹ Pour une vue d'ensemble sur la richesse des clauses contractuelles, voir l'ouvrage sous la direction de J. MESTRE, et J.-C. RODA, *Les principales clauses des contrats d'affaires*, Lextenso éditions, 2011,

clauses limitatives ou exclusive de responsabilité¹³¹, clause de réserve de propriété¹³², clause de partage inégal¹³³, clause de force majeure¹³⁴, clause de non-garantie d'éviction¹³⁵, clause de non-garantie des vices cachés¹³⁶, clause de répartition des risques¹³⁷, les clauses d'indexation¹³⁸, les clauses de suspension¹³⁹, clause Isabel¹⁴⁰, clause de minimisation du dommage¹⁴¹, etc.

¹³⁰ C'est la faculté de renoncer aux garanties légales supplétives concernant l'objet de la prestation promise. C'est « l'archétype de la cause d'acceptation des risques inhérents à un contrat » J. MESTRE, et J.-C. RODA, *Les principales clauses des contrats d'affaires*, Lextenso éditions, Paris, 2011, p. 975 ; Cass. com. 8 oct 1973, n° 71-14322. J CARBONNIER, note sous. Cass. civ. 10 mars 1948, *RTD civ.* 1948, p. 347 ; F. GRUA, « Les effets de l'aléa et la distinction entre les contrats aléatoires et commutatifs », *RTD civ.* 1983, p. 263.

¹³¹ Leur finalité est de limiter ou d'exonérer de la responsabilité en cas d'inexécution, totale ou partielle, tardive ou défectueuse d'un contrat. J. MESTRE, et J.-C. RODA, *Les principales clauses des contrats d'affaires*, Lextenso éditions, Paris, 2011, p. 585.

¹³² Par cette clause le vendeur, tout en délivrant la chose vendue, conserve la propriété jusqu'à complet paiement du prix. C'est une clause fréquente notamment en cas de vente à crédit. Voir art. 2367 et suivants du Code civil ; Il faut que les clauses qui entendent distinguer le transfert de propriété et celui des risques soient clairement rédigées, car le juge, interprétant la volonté des parties, peut estimer que la clause relative aux risques s'applique également au transfert de propriété, voir en ce sens Cass. com., 19 juillet 1965, *D.* 1966, 450, note Durand ; En revanche, le vendeur qui a accordé une facilité de paiement, conserve les risques attachés à la propriété, voir en ce sens Cass. com., 20 novembre 1979, *JCP G* 1981, II, 19615, note J. GHESTIN ; P. MOUSSERON, « Les clauses de réserve de propriété en matière de cession de droits sociaux », in *Actes pratiques et ingénierie sociétair*e, mars-avril 2004, p. 3 ; D. VON BREITENSTEIN, « La clause de réserve de propriété et le risque de perte fortuite de la chose vendue », *RTD com.* 1980, p. 42 ; J. MESTRE, et J.-C. RODA, *op. cit.*, p. 913.

¹³³ J. MESTRE, et J.-C. RODA, *idem*, p. 756 : « ...le principe de liberté des conventions matrimoniales semble permettre d'envisager le partage inégal en cas d'adoption d'une société d'acquêts par des époux séparés des biens. » Cette clause peut s'appliquer également en droit des sociétés à condition qu'elle ne soit pas léonine.

¹³⁴ Il s'agit de la possibilité de contractualiser la force majeure, cette clause permettant d'adapter le contenu de la notion en fonction des intérêts des parties, voir en ce sens, de J. MESTRE, et J.-C. RODA, *op. cit.*, p. 397 ; Les parties peuvent même renoncer à se prévaloir du caractère exonératoire de responsabilité de la force majeure : Cass. 1re civ., 24 janvier 1984, pourvoi n° 82-14.841, *Bull.* 1984, I, n° 31 ; Cass. com., 18 avril 1967, *JCP G* 1968, II, 15481 ; Sous réserve de la législation sur les clauses abusives, les parties peuvent donner de la force majeure susceptible de libérer l'une d'elles de ses obligations une définition différente de celle que retiennent les juridictions : Cass. com., 8 juillet 1981, pourvoi n° 79-15.626, *Bull.* 1981, IV, n° 312.

¹³⁵ La clause est nécessaire si l'on souhaite décharger le vendeur de son obligation légale de la garantie d'éviction, c'est-à-dire de son obligation d'assurer à l'acheteur la jouissance paisible de la chose vendue. J. MESTRE, et J.-C. RODA, *op. cit.*, p. 665 ; P. MALAURIE, L. AYNES et P.-Y. GAUTIER, *Les contrats spéciaux*, Défrénois, 4^e éd., 2009 ; J. PICARD, « Les clauses d'exonération de la garantie dans la vente d'immeuble », *JCP N* 1976, 2797.

¹³⁶ MESTRE, et J.-C. RODA, *op. cit.*, p. 671 : Dans les contrats de vente, de bail ou d'entreprise, cette clause « vise à limiter, voire à exclure la garantie des vices cachés » ; P. MALAURIE, L. AYNES et P.-Y. GAUTIER, *op. cit.*, 2009

¹³⁷ MESTRE, et J.-C. RODA, *op. cit.*, p. 905 : Les règles qui régissent le sort des contrats en cas d'inexécution pour cause de force majeure sont supplétives de volonté. Les parties ont « toutefois la possibilité d'y déroger conventionnellement en prévoyant une clause de risques aux termes de laquelle la charge de ces derniers est répartie différemment. » ; A.-C. MATIN, *op. cit.*

¹³⁸ Cette clause permet au créancier de mettre à l'abri des risques d'érosion monétaire et de changement des prix de revient du fournisseur ; voir pour plus de détails J. MESTRE, et J.-C. RODA, *op. cit.*, p. 499.

¹³⁹ La clause a pour finalité de suspendre tout ou partie des effets d'un contrat en cas de réalisation d'un événement envisagé par les parties. Voir en ce sens la définition donné par J. GHESTIN, M. BILLIAU, *Les effets du contrat*, LGDJ, 3^{ème} éd., Paris, 2001, n° 398 : « un mécanisme d'adaptation du contrat au service de sa force obligatoire » ; J. MESTRE, et J.-C. RODA, *op. cit.*, p. 1019 et s.

41. Contrats de transports et ventes internationales. On observe le même mécanisme d'attribution des risques dans les contrats de transport de marchandises et les ventes internationales de marchandises. C'est le cas notamment des clauses *Incoterms* (International Commercial Terms)¹⁴². Elaboré par la Chambre de commerce internationale, cet ensemble de règles prédéfinies vise parmi d'autres objectifs à régler la répartition de la charge des risques. Si les solutions véhiculées par les clauses *Incoterms* semblent claires, la réalité du terrain est moins évidente. On peut tout d'abord songer aux contrats qui présentent des mentions contradictoires ou aux contrats qui, malgré l'usage des clauses *Incoterms*, n'entrent pas dans la catégorie de ventes internationales de marchandises. La Cour de cassation a été amenée justement à clarifier les règles en matière de partage des risques.

Dans un arrêt du 22 mars 2011, la Chambre Commerciale a tranché la question des mentions contradictoires dans un contrat de vente internationale, en accordant la primauté aux dispositions spécialement convenues par les parties¹⁴³, malgré les conséquences qui auraient découlé de la clause *Incoterms*. Dans un arrêt du 7 décembre 2010, la Chambre Commerciale a considéré que la mention d'une clause *Incoterms* dans un contrat de commission de transport doit produire ses effets nonobstant le fait que le contrat ne soit pas une vente internationale. En l'espèce, la mention FOB (Free On Board), exprimait l'intention des vendeurs expéditeurs de faire peser la charge des risques de l'opération sur le transporteur jusqu'à leur transfert à l'acheteur-destinataire.¹⁴⁴

¹⁴⁰ C'est une clause qui vise la protection des établissements des crédits contre le risque financier de non-paiement dans un montage de crédit acheteur. J. MESTRE, et J.-C. RODA, *op. cit.*, p. 559 ; TH. BONNEAU, *Droit bancaire*, 8^{ème} éd., Montchrestien, 2009 ; G. BOURDEAUX, *Le crédit acheteur international. Approche française et comparative*, préf. E. SCAEFFER, Economica, 1995 ; J.P. MATTOUT, *Le droit bancaire international*, 4^e éd., Revue Banque, 2009.

¹⁴¹ J. MESTRE, et J.-C. RODA, *op. cit.*, p. 609 : « elle a pour effet d'exclure de la réparation la partie du préjudice que le créancier déçu aurait pu éviter en prenant des mesures raisonnables » ; J.M. MOUSSERON, *op. cit.*, n° 905 et s.

¹⁴² Etude sur le risque in *Rapport de la Cour de Cassation 2011*, Livre I : « Si, en matière de ventes internationales, la Convention de Vienne reconnaît aux parties la plus grande liberté pour aménager la charge des risques en permettant aux opérateurs économiques de modifier non seulement l'importance des risques supportés par eux mais aussi leur répartition, par la voie des *Incoterms* en pratique (art. 9 § 2 de la Convention), la Convention signée le 19 mai 1956 à Genève, relative au contrat de transport international de marchandises par route (dite CMR) édicte, quant à elle, des mécanismes plus rigides que sont la déclaration de valeur et la déclaration d'intérêt spécial à la livraison. Il n'est alors plus question de modifier la répartition des risques, qui resteront toujours à la charge du transporteur routier international, mais leur importance, à la condition que le transporteur l'ait accepté moyennant un prix du transport plus élevé. »

¹⁴³ Cass. com., 22 mars 2011, pourvoi n° 10-16.993, *Bull.* 2011, IV, n° 51 : en l'espèce, un document mentionnait la clause « Ex Works », qui s'applique à une vente au départ, dans laquelle l'obligation de délivrance de la chose vendue doit être exécutée par le vendeur dès la sortie de l'usine de la marchandise. Cependant le même document indiquait comme adresse de livraison le siège social de l'acquéreur situé en France. La Chambre commerciale a confirmé la décision de la Cour d'appel qui a considéré que la stipulation expressis verbis du lieu de livraison représentait le vrai accord des parties, même s'il est en contradiction avec la clause *Incoterm* « Ex Works ». La Cour de cassation tient compte semble-t-il de la disposition expresse des parties et non de la clause prédéfinie.

¹⁴⁴ Cass. com., 7 septembre 2010, pourvoi n° 09-16.359, *Bull.* 2010, IV, n° 134 où il a été jugé que la mention de l'*Incoterm* FOB sur le contrat de commission de transport a eu pour effet de reporter la livraison de la marchandise non pas à la remise de celle-ci à l'acconier, mais à son chargement dans le navire.

42. Nature ambivalente du risque juridique. Le risque dans les contrats synallagmatiques peut être à la fois chargé de connotation négative et positive : « *risque heureux, de l'arabe « rizq », à travers le grec byzantin : la solde quotidienne, la fortune, et risque malheureux, du latin « resecaire », scier en deux* »¹⁴⁵. Les risques juridiques pris en compte par les clauses suscitées sont une forme d'exponentiel du risque malheureux. Le droit des contrats a conçu des mécanismes pour prendre en compte également le risque dit heureux via les clauses d'intéressement (*earn out*), les stipulations de majoration de valeur dans les cessions de droits sociaux, la clause du prix proportionnel en fonction du résultat.

2. Les limites de la liberté des aménagements contractuels des risques

43. Limites des clauses contractuelles. Heureux ou malheureux, les risques sur le terrain contractuel sont transférables d'une partie à l'autre grâce au principe de la liberté contractuelle, le législateur laissant ainsi un champ libre à l'imagination des parties. Cependant, cette liberté n'est pas absolue car, d'une liberté créatrice, elle peut vite se transformer dans une liberté manipulatrice entre les mains du plus fort ou du moins bien intentionné.

44. Dispositions d'ordre public. Afin de prévenir ce type de dérive, la liberté contractuelle est subordonnée aux « dispositions d'ordre public », mais aussi plus largement à ce que les rédacteurs du Code civil appelaient : « justice », « bonnes mœurs » et « utilité publique »¹⁴⁶, c'est-à-dire d'une façon générale aux principes édictés par la morale et l'équité. Les limites de la liberté des parties dans l'aménagement des transferts des risques contractuels tiennent aussi au développement des lois particulières qui tendent à protéger les intérêts de l'une des parties. Ce type de tempérament apporté à la liberté de contracter est visible en matière de droit de la consommation¹⁴⁷, de dispositions légales relatives aux clauses abusives¹⁴⁸, et de façon plus générale en matière de protection du consommateur.

¹⁴⁵ Cour de Cassation, *Rapport annuel 2011*, p. 132.

¹⁴⁶ J. GHESTIN, G. LOISEAU et Y.-M. SERINET, *Traité de droit civil, La formation du contrat*, t. 1 *Le contrat – Le consentement*, op. cit., n° 207-208.

¹⁴⁷ Pour les ventes de biens et fournitures de prestations de service à distance voir art. L. 121-20-3 et L. 121-20-16 du Code de la consommation ; pour une clause excluant ou limitant la réparation due au consommateur en cas d'inexécution ou de mauvaise exécution du contrat voir Cass. 1^{ère} civ., 13 novembre 2008, pourvoi n° 07-14.856, *Bull.* 2008, I, n° 263 ; *JCP E*, 2009, 1173, note G. CHANTEPIE.

¹⁴⁸ Les clauses abusives sont interdites dans les contrats conclus entre professionnels et non-professionnels ou consommateurs ; C'est le cas des clauses ayant 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 (art. L. 132-1 et suivants, R. 132-1 et suivants du code de la consommation ; Pour une clause faisant peser sur le preneur les risques de perte ou de détérioration de la chose louée dans un contrat de location de longue durée : Cass. 1^{ère} civ., 6 janvier 1994, *JCP G* 1994, II, 22237, note G. PAISANT.

45. Protection des faibles. Il est significatif d'observer que le besoin de protéger la partie la plus faible prime sur la liberté contractuelle. On le voit dans le droit des contrats, dans le droit de la consommation, dans le droit bancaire et même dans le droit des affaires¹⁴⁹.

46. Intangibilité des éléments essentiels du contrat. Une autre limite à la validité des clauses aménageant le transfert des risques trouve sa raison d'être dans le besoin d'assurer l'intangibilité de l'économie du contrat, c'est-à-dire des éléments essentiels du contrat. Ainsi, M. Cabrillac souligne à juste titre qu'un « *contrat ne peut légalement exister s'il ne renferme les obligations qui sont de son essence, et s'il n'en résulte un lien de droit pour contraindre les contractants à les exécuter ; il est de l'essence du contrat de louage que le bailleur s'oblige à faire jouir le locataire de la chose louée et à l'entretenir pendant la durée du bail en état de servir à l'usage auquel elle est destinée ; ces engagements impliquent pour le locataire le droit d'actionner en justice le bailleur, s'il se refuse à les remplir volontairement.* »¹⁵⁰

Parmi les nombreuses clauses qui permettent le partage des risques encourus entre les parties selon leur volonté, nous aborderons les clauses limitatives ou exclusives de responsabilité.

3. Les clauses limitatives ou exclusives de responsabilité

47. Liberté contractuelle. Les dispositions du Code Civil relatives aux sanctions de l'inexécution sont, en principe, supplétives de la volonté. Le législateur laisse ainsi aux parties la possibilité d'organiser à leur guise les suites d'une inexécution, soit pour améliorer le sort du créancier, soit pour aggraver sa situation. Dans la première catégorie, nous pouvons citer les clauses visant à procurer au créancier l'exécution en nature (à titre d'exemple la clause par laquelle le créancier sera autorisé à confier l'exécution de l'obligation à un tiers) ou l'exécution par équivalent (à titre d'exemple la clause pénale). Dans le deuxième cas, on énumère les clauses de limitation ou d'exonération de responsabilité. Ces dernières méritent un examen particulier car, elles sont fréquentes sont revenues dans l'actualité jurisprudentielle par l'arrêt rendu le 29 juin 2010 par la Chambre commerciale de la Cour de cassation¹⁵¹.

48. Les clauses exonératoires de responsabilité. Les clauses limitatives ou d'exonération de responsabilité ont pour objet de limiter, voire d'exclure la responsabilité qui pourrait être engagée en cas d'inexécution totale ou partielle, tardive ou défectueuse. En acceptant la stipulation d'une telle clause, le créancier s'expose au risque d'une aggravation des conséquences normales résultant de l'inexécution des obligations de son cocontractant. Dans

¹⁴⁹ La liberté contractuelle est donc désormais surveillée et la question de la charge des risques entre contractants est soumise à une exigence d'équilibre.

¹⁵⁰ R. CABRILLAC, *op. cit.*, p. 134 ; Dans le même sens, l'avant-projet CATALA avait préconisé de réputer non écrite toute clause qui contrevient aux éléments essentiels du contrat.

¹⁵¹ Cass. com., 29 juin 2010, pourvoi n° 09-11.841, *Bull.* 2010, IV, n° 115.

cette hypothèse, nous observons que l'événement redouté est la défaillance du débiteur, mais ce dernier bénéficie du transfert du risque, même si l'événement n'est pas affecté d'un véritable aléa pour lui.

Interdites en matière de contrats de construction, de travail ou de dépôt hôtelier, ou réputées abusives dans le droit de la consommation¹⁵², ces clauses sont a priori valables du fait du principe général de la liberté contractuelle. En droit des contrats, les parties sont en principe libres d'adapter les conséquences d'une éventuelle inexécution. Elles ont le choix entre plusieurs mécanismes offerts principalement par les clauses limitant ou écartant la responsabilité, par les clauses qui plafonnent les dommages-intérêts, soit encore par les clauses pénales, qui permettent aux parties d'évaluer forfaitairement et à l'avance l'indemnité à laquelle donnera lieu l'inexécution de l'obligation contractée¹⁵³. L'effet principal de la clause limitative ou exonératoire de responsabilité est que le cocontractant à l'origine de l'inexécution totale ou partielle du contrat ne sera pas tenu d'en réparer les conséquences dommageables.

49. Neutralisation des clauses exonératoires de responsabilité. Les limites de la clause exonératoire de responsabilité ont été imposées par la jurisprudence de la Chambre commerciale. Il existe principalement deux cas de neutralisation de la clause : lorsqu'elle contrevient à l'économie du contrat et lorsqu'il y a résolution du contrat car, l'anéantissement rétroactif du contrat entraîne la remise des choses en leur état antérieur.

Tout d'abord, dans un important arrêt du 22 octobre 1996, la Cour de cassation a jugé, aux termes de l'article de l'article 1131 du Code civil, que la « *clause limitative de responsabilité du contrat, qui contredisait la portée de l'engagement, devait être réputée non écrite* »¹⁵⁴ en raison d'un manquement à une obligation essentielle de la part du cocontractant, en l'espèce une société de transport rapide de courrier. Ensuite, la jurisprudence, tout en acceptant leur validité de principe, a progressivement radicalisé sa position, ce qui a abouti à interdire

¹⁵² Aux termes de l'art. R. 132-1 du code de la consommation, sont irréfablement présumées abusives, au sens des dispositions du premier et du troisième alinéa de l'art. L. 132-1 de ce même code, et dès lors interdites, « les clauses ayant pour objet ou pour effet de [...] 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 ».

¹⁵³ La clause pénale est défini comme « la clause comminatoire en vertu de laquelle un contractant s'engage en cas d'inexécution de son obligation principale(ou en cas de retard dans l'exécution) à verser à l'autre à titre de dommages et intérêts une somme forfaitaire – en général très supérieur au montant du préjudice réel subi par le créancier (et appelée peine stipulée) – qui en principe ne peut être ni modérée ni augmentée par le juge, sauf si elle est manifestement excessive ou dérisoire », dans G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, 8^e éd., PUF, 2007.

¹⁵⁴ Arrêt Chronopost, Cass. com., 22 octobre 1996, pourvoi n° 93-18.632, *Bull.* 1996, IV, n° 261 : le client d'une société de transport rapide de courrier réclamait la réparation du préjudice que lui avait causé le retard dans l'acheminement de plis, la chambre commerciale a jugé, aux termes de l'art. 1131 du Code civil, que, « en raison du manquement [de la société de transport rapide] à [son] obligation essentielle [de livraison dans un délai déterminé], la clause limitative de responsabilité du contrat, qui contredisait la portée de l'engagement pris, devait être réputée non écrite » ; voir D. MAZEAUD, « Clauses limitatives de réparation : les quatre saisons », in *D.* 2008, p. 1776 ;

pratiquement tout aménagement de l'inexécution d'une obligation essentielle¹⁵⁵. La Cour de cassation a toutefois nuancé sa position en jugeant récemment que ces clauses sont réputées non écrites si elles contreviennent à l'économie du contrat, c'est-à-dire si elles contredisent « la portée de l'obligation essentielle souscrite par le débiteur »¹⁵⁶.

Enfin, il ressort d'un arrêt de la Chambre commerciale du 5 octobre 2010 que la clause limitative ou évasive de responsabilité ne peut pas être opposée au créancier qui sollicite des dommages-intérêts aux termes de la résolution du contrat, en application de l'article 1184 du Code civil.¹⁵⁷ Cette dernière jurisprudence laisse penser que les clauses aménageant la responsabilité des parties ne survivent pas à la résolution du contrat. Elle s'inscrit ainsi dans la vision traditionnelle de l'étendue de la résolution.

¹⁵⁵ Pour une vue d'ensemble sur la jurisprudence de la C. Cass. qui interdit tout aménagement de l'inexécution d'une obligation essentielle : Ch. mixte, 22 avril 2005, pourvoi n° 03-14.112, *Bull.* 2005, Ch. mixte, n° 4 ; Cass. com., 30 mai 2006, pourvoi n° 04-14.974, *Bull.* 2006, IV, n° 132 ; Cass. com., 13 février 2007, pourvoi n° 05-17.407, *Bull.* 2007, IV, n° 43 – arrêt Faurecia I ; Cass. com., 5 juin 2007, pourvoi n° 06-14.832, *Bull.* 2007, IV, n° 157

¹⁵⁶ L'arrêt du 29 juin 2010 (Cass. com., 29 juin 2010, pourvoi n° 09-11.841, *Bull.* 2010, IV, n° 115 – Faurecia II) montre que « seule est réputée non écrite la clause limitative de réparation qui contredit la portée de l'obligation essentielle souscrite par le débiteur » ; Voir le commentaire de cette jurisprudence in Etude sur le risque, 1^{er} Livre, in *Rapport de la Cour de Cassation 2011*, « Il résulte également de l'arrêt Faurecia II qu'une clause limitative de réparation contredit la portée de l'obligation essentielle souscrite par le débiteur lorsqu'elle la vide de toute substance. Tel est le cas lorsque le plafond d'indemnisation fixé par cette clause est dérisoire. Dans l'appréciation du caractère dérisoire, il peut être tenu compte de l'économie générale du contrat, et notamment des avantages particuliers qui ont pu être consentis par le débiteur de l'obligation essentielle à son cocontractant, telle une diminution du prix. En revanche, pour apprécier le caractère dérisoire ou non du plafond de réparation prévu par ladite clause, il ne semble pas pertinent de le comparer au préjudice subi par le créancier du fait de l'inexécution (dans l'affaire Faurecia, le préjudice invoqué par la société Faurecia s'élevait à plusieurs dizaines de millions d'euros, tandis que le plafond d'indemnisation n'était que de quelques centaines de milliers d'euros) ; de fait, il est parfaitement envisageable que le plafond d'indemnisation soit suffisamment élevé pour inciter le débiteur à exécuter son obligation essentielle, tout en étant très inférieur au préjudice prévisible ou effectif du créancier. De même, si la cour d'appel avait motivé sa décision en rappelant que la société Faurecia est un opérateur économique d'importance mondiale, rompu aux négociations et averti en matière de clauses limitatives de réparation, cette constatation ne fait pas partie de celles reprises par la Cour de cassation comme justifiant l'arrêt attaqué ; la qualité d'opérateur averti du créancier ne saurait donc empêcher la neutralisation d'une clause limitative fixant un plafond d'indemnisation dérisoire, une telle qualité étant tout au plus un simple indice que le plafond n'est pas dérisoire, car il est douteux qu'un opérateur averti et économiquement puissant puisse accepter un plafond de réparation dérisoire. ».

¹⁵⁷ Cass. com. 5 octobre 2010, pourvoi n° 08-11.630, *Bull.* 2010 : En l'espèce un contrat de vente d'une rotative avait été résolu à la demande de l'acheteur au motif que la machine n'était pas conforme aux stipulations contractuelles. Les juges du fond ont condamné le vendeur à des dommages-intérêts d'un montant supérieur au plafond fixé par la clause limitative de réparation prévue au contrat. Le vendeur s'est pourvu en cassation en faisant valoir que la résolution du contrat ne devrait pas anéantir rétroactivement l'ensemble du contrat et notamment la clause par laquelle les parties ont contractuellement aménagé le régime de réparation du préjudice né de l'inexécution d'une obligation contractuelle à l'origine de la résolution. La chambre commerciale a jugé « que la résolution de la vente emportant anéantissement rétroactif du contrat et remise des choses en leur état antérieur, la cour d'appel en a exactement déduit qu'il n'y avait pas lieu d'appliquer les clauses limitatives de responsabilité ».

Il est vrai qu'en principe la résolution entraîne l'anéantissement rétroactif du contrat¹⁵⁸. Le contrat serait détruit dans son intégralité. Le rejet de la résolution partielle se déduit de l'article 1184 du Code civil qui permet au créancier, soit d'exiger l'exécution du contrat, soit de demander sa résolution assortie de dommages et intérêts. La jurisprudence a rejeté à diverses reprises la résolution partielle.¹⁵⁹

Cependant, pour acquiesce qu'elle soit, cette affirmation doit être nuancée. Ainsi, il a été jugé que certaines parties du contrat doivent être maintenues. Il s'agit notamment des clauses indépendantes dont l'objet spécifique justifie leur survie malgré la résolution du contrat. C'est le cas de clause pénale¹⁶⁰, de la clause compromissoire¹⁶¹, de la cause d'élection du for ou à celle du droit applicable¹⁶². De surcroît, l'article 1184 n'étant pas d'ordre public, les parties contractantes peuvent aménager les conséquences de la résolution du contrat. Elles peuvent ainsi prévoir l'indépendance de certaines dispositions contractuelles, à moins qu'elles ne soient pas de l'essence du contrat, en précisant *expressis verbis* qu'elles ne seront pas affectées par la résolution du contrat¹⁶³. Dans ce contexte, la solution imposée par l'arrêt de la Chambre commerciale du 5 octobre 2010 précité semble pouvoir ouvrir un débat sur la portée de la résolution dont les effets parfois sont trop étendus¹⁶⁴.

¹⁵⁸ Sur les effets de la résolution : J. GHESTIN, Ch. JAMIN, M. BILLIAU, Les effets du contrat in *Traité de droit civil*, J. GHESTIN (dir.), LGDJ, 3^e éd., 2001, n° 477 et ss.

¹⁵⁹ J. GHESTIN, Ch. JAMIN, M. BILLIAU, Les effets du contrat, *op. cit.*, n° 480 et ss.

¹⁶⁰ En matière de clauses pénales, Cass. 3e civ., 6 janvier 1993, pourvoi n° 89-16.011.

¹⁶¹ La jurisprudence a admis cette faculté aux parties à plusieurs reprises, notamment en matière de clauses attributives de compétence, Cass. 2e civ., 11 janvier 1978, pourvoi n° 76-11.237, *Bull.* 1978, II, n° 13.

¹⁶² P. WERY, *Droit des obligations*, vol. I *Théorie générale du contrat*, Larcier, 2010, n° 678.

¹⁶³ J. GHESTIN, Ch. JAMIN, M. BILLIAU, *Les effets du contrat*, *op. cit.*, n° 494.

¹⁶⁴ Voir en ce sens *Rapport de la Cour de Cassation 2011*, Etude sur le risque, précité.

B. La théorie des risques en droit des contrats

50. La prise en charge des risques juridiques de l'inexécution non fautive. Dans l'hypothèse où l'une des parties à un contrat synallagmatique se trouve dans l'impossibilité d'exécuter son obligation, sans qu'il y ait la moindre faute de sa part, suite à un cas de force majeure, la question est de savoir qui doit supporter les conséquences d'un événement fortuit, malheureux, indépendant de la volonté de l'homme, dont la réalisation ne peut pas être reprochée à aucune des parties. Ainsi, la survenance d'un événement de force majeure libère le débiteur de son obligation sans que sa responsabilité soit engagée. En ce sens, l'article 1147 du Code civil dispose que « *le débiteur est condamné ...au paiement des dommages et intérêts...toutes les fois qu'il ne justifie pas que l'inexécution provient d'une cause étrangère qui ne peut lui être imputée* » et l'article 1148 du Code civil ajoute qu' « *il n'y a aucuns dommages et intérêts lorsque, par suite d'une force majeure ou d'un cas fortuit, le débiteur a été empêché de donner ou de faire ce à quoi il était obligé, ou a fait ce qui lui a été interdit* ». ¹⁶⁵

Dans ce cas, l'autre contractant reste-t-il tenu de ses obligations ? Qui supporte les risques de l'inexécution non fautive ? En d'autres termes : à qui les risques seront-ils imputés ?

Pour résoudre ce problème de la répartition des risques, il convient de se référer à la théorie des risques, qui ne doit pas être confondue avec la théorie du risque ou de la responsabilité fondée sur le risque ¹⁶⁶. De surcroît, la théorie des risques doit être distinguée tant de la « prévention des risques », que de la « théorie de l'imprévision » qui vise à rééquilibrer le contrat en cas du changement important des circonstances économiques au regard des prévisions initiales des parties contractantes ¹⁶⁷. Dans la théorie des risques, le concept de

¹⁶⁵ C'est la solution qui s'inspire de la sagesse de l'adage : « À l'impossible nul n'est tenu. ».

¹⁶⁶ J. CARBONNIER, *Droit civil, Les obligations*, t. 4, 21^e édition refondue, PUF, 1998, n° 191 : « La résolution en vertu de la théorie des risques » ; Ph. LE TOURNEAU, *Droit de la responsabilité et des contrats. Régimes d'indemnisation*, Dalloz, coll. « Action », 9^e éd., 2012, n° 55 et ss.

¹⁶⁷ Sur la théorie des risques : M. FABRE-MAGNAN, *Les obligations, op. cit.*, p. 49 et ss ; C. LARROUMET, *Droit civil, tome III, Les obligations. Le contrat*, Economica, 6^e éd., 2007, n° 734. ; P. MALAURIE, L. AYNES, P. STOFFEL-MUNCK, *Droit civil. Les obligations*, 5^{ème} éd. Defrénois, 2011, n° 897 et ss. ; F. TERRE, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations, op. cit.*, n° 666 et ss. ; G. VINEY, Introduction à la responsabilité, in *Traité de droit civil*, sous la direction de J. GHESTIN, LGDJ, 3^e éd., 2008, n° 49 – 50 ; Sur l'imprévision, M. FABRE-MAGNAN, *Les obligations, op. cit.*, p. 506 ; Cette théorie de l'imprévision est prévue par les principes du droit européen du contrat, le Draft common frame of reference de l'Acquis Group, l'avant-projet de code européen des contrats, l'avant-projet de réforme du droit des obligations dirigé par F. TERRE ; C. GRIMALDI, « La force majeure invoquée par le créancier dans l'impossibilité d'exercer son droit », *D.* 2009, p. 1298. Cependant, aux termes de l'autonomie de la volonté, à ce jour elle n'est pas encore acceptée ni par le droit privé français ni par la jurisprudence française de droit privé. Ce refus remonte à la jurisprudence dite du Canal de Crapone (Cass. 1^{re} civ. 6 mars 1876, De Galliffet c/ Commune de Pélissanne, *D.* 1876, 1, 193, note Giboulot ; *Grand arrêts*, n° 163). En revanche elle est admise depuis longtemps par le juge administratif français (l'arrêt « Gaz de Bordeaux » du Conseil d'Etat du 30 mars 1916). Toutefois, la nouvelle tendance dans le droit privé français est de faire usage du principe de la bonne foi afin de sanctionner la partie qui refuse obstinément de réviser un contrat devenu déséquilibré (c'est précisément le cas de l'arrêt Huard, Cass. com., 3 novembre 1992, pourvoi n° 90-18.547, *Bull.* 1992, IV, n° 338 et de l'arrêt Chevassus –Marche, Cass. com., 24 novembre 1998, *Bull. civ.*, IV, n° 277). Dans le droit des affaires, les parties peuvent stipuler une clause dite de hardship qui les oblige à renégocier le contrat en cas de survenance de circonstances qui en modifient l'équilibre : M. MEKKI, « Hardship et révision

risque est associé à l'idée du dommage résultant d'une inexécution suite à un cas fortuit ou un cas de force majeure, deux notions qui ont fini par se confondre. Il est désormais unanimement considéré qu'elles se caractérisent par l'imprévisibilité, l'irrésistibilité, et l'extériorité¹⁶⁸ et qu'elles désignent un même concept¹⁶⁹. La finalité de la théorie des risques est par conséquent de définir les règles d'imputation¹⁷⁰ des risques surgissant de l'impossibilité d'exécuter une obligation en raison de la survenance d'un événement de force majeure dans les contrats synallagmatiques. A l'évidence, la théorie des risques s'intéresse au volet négatif du risque dans le droit des contrats, assimilant le risque au danger¹⁷¹.

51. Périmètre. La théorie des risques s'applique dans les contrats synallagmatiques lorsque l'impossibilité d'exécution résulte d'une force majeure et lorsqu'elle n'a pas été réglée par les contractants à travers des clauses précisément conçues, dites clauses de risques¹⁷². Elle ne concerne pas les « contrats unilatéraux » où, aux termes des articles 1148 et 1302 du Code

des contrats. L'harmonisation souhaitable des conditions de la révision pour imprévision », *JCP G* 2010, I, 1257 ; B. OPPETIT, « L'adaptation des contrats internationaux aux changements de circonstances », *JDI* 1974, p. 755.

¹⁶⁸ Ass. plén., 14 avril 2006, pourvoi n° 02-11.168, *Bull.* 2006, Ass. plén., n° 5 ; *D.* 2006, jur. p. 1557, note P. Jourdain ; *RLDC* 2006, n° 29, p. 17-23, note M. MEKKI ; *D.* 2006, IR.1131. L'arrêt confirme la présence de ces trois éléments : « l'événement présentant un caractère imprévisible lors de la conclusion du contrat et irrésistible dans son exécution, est constitutif d'un cas de force majeure ».

¹⁶⁹ Les notions de cas fortuit et de force majeure son regardées aujourd'hui comme synonymes par la plupart des auteurs voir en ce sens : J FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations*, 3. Le rapport d'obligation, 7^e éd., Sirey, 2011, n° 208 ; Sur cette assimilation de la force majeure et du cas fortuit, ainsi que ses implications et ses nuances : Ph. LE TOURNEAU, *Droit de la responsabilité et des contrats, op. cit.*, n° 1802 ; F. TERRE, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations, op. cit.*, n° 581 et ss. ; R. CABRILLAC, *Droit des obligations, op. cit.*, p. 127 ; P. MALAURIE, L. AYNES, P. STOFFEL-MUNCK, *Droit civil. Les obligations*, 5^{ème} éd. Defrénois, 2011, n°952, p. 508 ; A. BENABENT, *Droit civil. Les obligations*, Montchrestien, 12e éd., 2010, n° 331 et ss., p. 259 et ss. ; C. LARROUMET, *Droit civil, tome III, Les obligations. Le contrat, op. cit.*, n° 722, Pour une approche classique : M. FABRE-MAGNAN, *Les obligations, op. cit.*, p 178 : « La force majeure évoque l'idée d'insurmontabilité d'un événement, alors qu'un cas fortuit vise un élément survenu de façon inattendue et imprévisible, ce qui est le plus souvent le cas des faits de la nature (cyclone, tempête, etc ».

¹⁷⁰ Imputer c'est attribuer les conséquences de certains événements à une partie, à les mettre sur son compte. L'imputation doit être distinguée de l'« imputabilité » qu'on rencontre en matière des règles de responsabilité civile, contractuelle, quasi délictuelle ou délictuelle.

¹⁷¹ Rappelons que le risque favorable est pris en compte par le mécanisme des clauses contractuelles. Dans certains contrats, les parties peuvent stipuler des clauses d'intéressement (earn out), tout comme elles peuvent prévoir des clauses spéciales afin d'aménager les conséquences de la majoration de valeur dans les cessions de droits sociaux ou des clauses qui disposent que le prix sera proportionnel en fonction du résultat.

¹⁷² Les parties ont la liberté de modifier à leur convenance la répartition des risques. Elles peuvent dissocier le transfert des risques de celui de la propriété. Ces clauses de risques sont très utiles lorsque le vendeur souhaite insérer une clause de réserve de propriété (qui retarde le transfert de propriété, mais maintien les risques à la charge du vendeur) tout en faisant peser les risques sur l'acheteur) voir en ce sens J. HUET, *Traité de droit civil, Les principaux contrats spéciaux*, LGDJ, 2^e éd., 2001, n° 11217 ; Il est également pratiqué de stipuler dans les contrats de transport que la propriété et les risques restent à la charge du vendeur pendant toute la durée de transport, le transfert ne s'opérant qu'à l'arrivée de la chose à destination : c'est précisément la raison d'être de la clause de vente à l'arrivée, qui produit les effets contraires de la clause de vente au départ ; Comme nous l'avons déjà dit, voir *infra*, dans le commerce international, les clauses de type Incoterms visent également à aménagement standardisé des risques, les contractant ayant le choix entre différentes possibilités de transfert des risques.

civil, en cas d'inexécution résultant de la force majeure, le débiteur est libéré et le contrat disparaît¹⁷³.

52. Solutions. C'est une « construction doctrinaire »¹⁷⁴ qui, traditionnellement, appelle deux solutions : une solution générale - *res perit debitori*, selon laquelle le débiteur de l'obligation qui ne peut plus être exécutée supporte la charge des risques¹⁷⁵, et une solution spéciale - *res perit domino*, au terme de laquelle les risques du contrat pèsent sur le propriétaire d'un corps certain¹⁷⁶. Traditionnellement, la doctrine considère la règle *res perit debitori* comme la solution de « principe » et *res perit domino* comme la solution exceptionnelle. Cependant, le doyen Carbonnier a observé à juste titre que le principe est souvent masqué par l'exception qu'on voit plus souvent en pratique, car elle touche les contrats translatifs de propriété, s'appliquant notamment au contrat de vente, d'échange ou en matière de donation avec charges¹⁷⁷.

¹⁷³ C. LARROUMET, *Droit civil*, tome III, *Les obligations. Le contrat*, op. cit., n° 734.

¹⁷⁴ J. GHESTIN, Ch. JAMIN, M. BILLIAU, *Les effets du contrat*, op. cit., n° 642.

¹⁷⁵ La jurisprudence a fait implicitement un principe de cette règle depuis un arrêt souvent cité par les auteurs, affaire Ceccaldi du 14 avril 1891 déclarant que, « dans un contrat synallagmatique, l'obligation de l'une des parties a pour cause l'obligation de l'autre et réciproquement, en sorte que si l'obligation de l'une n'est pas remplie, quel qu'en soit le motif, l'obligation de l'autre devient sans cause ». Depuis cette jurisprudence de la Chambre civile (Cass. 1re civ., 14 avril 1891, S. 1894, 1, 391 ; D.P. 1891, 1, 329, note Planiol), en l'absence de règle explicite d'attribution des risques, c'est la règle *res perit debitori* qui s'applique à tous les contrats, à l'exception de ceux translatifs de propriété.

¹⁷⁶ Dans les contrats translatifs de propriété on ne peut plus appliquer la règle *res perit debitori*. Elle nous conduirait à une solution tout à fait opposée. A titre d'exemple, si l'on prend en compte le contrat de vente, la disparition de la chose supposerait que les risques sont pour le vendeur et que réciproquement l'acheteur ne devrait plus payer le prix. Le contrat serait résilié de plein droit sans aucun droit aux dommages-intérêts. Cependant, la solution prévue par le Code civil est fort différente : en vertu de l'art. 1138 « L'obligation de livrer la chose est parfaite par le seul consentement des parties contractantes. Elle rend le créancier propriétaire et met la chose à ses risques dès l'instant où elle a dû être livrée, encore que la tradition n'en ait point été faite, à moins que le débiteur ne soit en demeure de la livrer ; auquel cas la chose reste aux risques de ce dernier ». Par conséquent, l'acheteur, devenu propriétaire reste tenu de payer l'intégralité du prix, bien que la chose soit perdue ou détériorée : *res perit domino*, ce qui signifie que les risques sont pour le propriétaire. Ce scénario contractuel suppose l'absence de toute faute de la part du vendeur dans la perte ou la détérioration de la chose. Cette solution est justifiée par le fait que le contrat de vente est translatif de propriété par le seul accord des volontés ; Voir également les art. 1730, 1788, 1810, 1929, 1933 du code civil ; l'art. L. 132-7, anciennement 100, du code de commerce ; J.-M. MOUSSERON, « La gestion des risques par le contrat », *RTD civ.* 1987, p. 493, note 35.

¹⁷⁷ J. CARBONNIER, *Droit civil*, tome II, *Les biens. Les obligations*, PUF, 2004, p. 2242, n° 1108. ; Il y a des règles spécifiques en matière de « vente en libre-service », car le transfert de propriété a lieu lors du passage en caisse. Pour les ventes de « choses futures », il n'y a aucun transfert de propriété lors de l'échange des consentements : le transfert de propriété est retardé jusqu'à l'achèvement de la chose, c'est-à-dire lorsque la chose est en état d'être livrée (Cass. 1re civ., 1er août 1950, pourvoi n° 37.389, *Bull.* 1950, n° 184). En cas de « vente en l'état futur d'achèvement », le transfert de propriété est avancé pour protéger l'acquéreur contre la « faillite » du constructeur (art. 1601-3 du code civil), mais les risques ne suivent pas ce transfert, ils pèsent sur le vendeur jusqu'à la livraison de l'immeuble (Cass. 3e civ., 11 octobre 2000, pourvoi n° 98-21.826, *Bull.* 2000, III, n° 163 ; *JCP G* 2001, II, 10465, note P. Malinvaud). De même, la rétroactivité des conditions n'affecte pas le transfert des risques intervenus pendente conditione : lorsque la vente a été conclue sous condition suspensive, les risques sont à la charge du vendeur, nonobstant l'effet rétroactif de l'accomplissement de la condition, qui rend l'acquéreur propriétaire depuis le jour de la vente ; « si la chose est entièrement périe, sans la faute du débiteur, l'obligation est éteinte » (art. 1182 du Code civil).

L'application de l'une ou de l'autre des deux solutions est déterminée par l'objet sur lequel porte le risque, qui peut être soit une prestation, soit une chose. Ainsi, « *si c'est la prestation, c'est alors res perit debitori qui doit s'appliquer, car il s'agit d'aménager d'abord les conséquences de l'impossibilité d'exécution. Si c'est la chose, c'est res perit domino qui s'applique, car il s'agit de régler les conséquences de la perte de la chose, l'inexécution des obligations accessoires en faisant partie. Parfois c'est au propriétaire qu'il reviendra aussi de supporter le risque de la prestation. Dans le contrat de bail par exemple, le bailleur, qui est le destinataire de l'imputation du risque de la prestation est aussi propriétaire du bien loué et doit, à ce titre, supporter le risque de la prestation tout autant que celui de la chose. La coïncidence de ces solutions conforte dans l'idée que loin de s'opposer, res perit debitori et res perit domino se complètent.* »¹⁷⁸.

53. Les effets de la théorie des risques. Les deux règles de l'imputation légale des risques dans les contrats synallagmatiques entraînent l'extinction de plein droit du contrat sans que le juge intervienne à la différence de la résolution pour inexécution fautive qui doit être demandée en justice, conformément à l'article 1184 du Code civil. Citons dans ce contexte la jurisprudence de la Chambre commerciale qui reconnaît l'autonomie de la théorie des risques dans l'affaire Beltoise de 1982, en précisant qu'« *une demande de résolution judiciaire du contrat en cas d'impossibilité d'exécution n'est pas nécessaire* »¹⁷⁹. Dans ces conditions, dans l'hypothèse d'un litige, le juge doit se limiter à constater la résolution ou la résiliation du contrat, après avoir vérifié que les conditions en sont remplies. Par ailleurs, tout contractant peut faire constater la caducité du contrat, soit le débiteur qui est empêché d'exécuter, soit le créancier qui se trouve libéré. De surcroît, étant donné l'absence de toute faute de leur part, aucune partie ne sera condamnée à payer des dommages-intérêts envers son contractant¹⁸⁰.

54. Une construction doctrinale concurrencée. De nos jours, la théorie des risques comme mode de rupture autonome de la convention est fortement concurrencée par la responsabilité civile, par la multiplication des facultés de résiliation unilatérale découvertes par la loi et la jurisprudence. La tendance d'aujourd'hui est à la judiciarisation et au pragmatisme pécuniaire des demandes de dommages-intérêts. Si les conditions de la responsabilité sont remplies,

¹⁷⁸ A.-C. MARTIN, *L'imputation des risques entre contractants*, op. cit., n° 33..

¹⁷⁹ Cass. com., 28 avril 1982, pourvoi n° 80-16.678, *Bull.* IV, n° 145 ; *JCP G* 1982, IV, 237 ; *Defrénois* 1982, p. 334, note J.-L. AUBERT ; Pour mémoire, cette solution est contraire à celle retenue par deux grands arrêts de la Chambre civile, datant respectivement du 3 août 1875 et du 14 avril 1891. L'arrêt de 1875 énonçait que « l'article 1184 du Code civil ne distingue point entre les causes d'inexécution des conventions et n'admet pas la force majeure comme faisant exception à la règle qu'il a consacrée » : Voir Cass. 3^e civ., 3 août 1875, *D.P.* 1875, 1, p. 409 ; aux termes de l'arrêt Ceccaldi de 1891 « il est vrai que lorsque le contrat ne contient aucune clause expresse de résolution, il appartient aux tribunaux de rechercher, dans les termes du contrat et dans l'intention des parties, quelles sont l'étendue et la portée de l'engagement souscrit par celle d'entre elles qui aurait manqué complètement, et, en cas d'inexécution partielle, d'apprécier, d'après les circonstances de fait, si cette inexécution a assez d'importance pour que la résolution doive être immédiatement prononcée, ou si elle ne sera pas suffisamment préparée par une condamnation à des dommages-intérêts » : Voir Cass. civ., 14 avril 1891, *S.* 1894, 1, 391 ; *D.P.* 1891, 1, 329, note PLANIOL.

¹⁸⁰ C. RADE, « Pour une approche renouvelée de la théorie des risques », *LPA*, 7 juillet 1995, n° 9.

alors ce sont les règles de la responsabilité qui s'appliquent au détriment de la théorie des risques¹⁸¹.

55. Une construction doctrinale critiquée. La théorie des risques a été critiquée dans la doctrine¹⁸². L'étude consacrée au risque dans le rapport 2011 de la Cour de cassation souscrit en partie à ces critiques, en la jugeant, « *trop restreinte* », voire, « *trop grossière en ce qu'elle s'accommode mal des manquements les plus courants, à savoir les inexécutions partielles ou celles qui peuvent être enrayées. En réalité, on ne comprend pas pourquoi, de façon générale, la situation devrait nécessairement être réglée à la seule lumière d'un principe abstrait, pour ne pas dire aveugle, celui que l'on dégage de l'adage res perit debitori. Cette théorie n'est qu'une de ces constructions abstraites péchant par esprit de système et qui ne rendent pas compte de la réalité du droit positif, tout entier contenu dans une seule et même institution faite de souplesse et de diversité : la résolution pour inexécution* »¹⁸³.

¹⁸¹ J. GHESTIN, Ch. JAMIN, M. BILLIAU, *Les effets du contrat, op. cit.*, n° 642 et ss.

¹⁸² C. RADE, *op. cit.* ; T. GENICON, *La résolution du contrat pour inexécution*, LGDJ, 2007, p. 94 à 111.

¹⁸³ Cour de cassation, Etude « Le risque » in *Rapport annuel 2011*, p. 142

C. La théorie du risque et la responsabilité civile

56. La théorie du risque en matière de responsabilité civile. Nous avons vu que la notion de risque occupe une place importante dans le droit des contrats. Elle est également apparue dans le domaine de la responsabilité civile¹⁸⁴ à travers une autre théorie doctrinale, la théorie du risque. Celle-ci ne doit pas être confondue avec la théorie des risques que l'on vient de présenter.

La théorie du risque a été formulée par Saleilles et Josserand pour se substituer ou compléter le système traditionnel de la responsabilité civile fondée exclusivement sur la faute. Depuis l'avènement et la consécration de la théorie, on dit souvent que la responsabilité civile se fonde soit sur la faute soit sur le risque¹⁸⁵. Cependant, à une lecture de l'abondante doctrine en la matière, il semble qu'il y ait plusieurs théories distinctes, constituant de véritables « *strates généalogiques successives, reposant chacune sur un fondement distinct* »¹⁸⁶. En effet, « *un fondement n'a pas chassé l'autre mais il y a eu superposition et addition de plusieurs fondements différents* »¹⁸⁷ : la faute, le risque, la garantie, la solidarité, la précaution¹⁸⁸. Le droit de la responsabilité a dû évoluer afin de rester en phase avec les risques qu'il est appelé à réparer ou à prévenir¹⁸⁹.

En ce qui concerne la responsabilité civile fondée sur la faute, rappelons brièvement qu'il est nécessaire d'être en présence de trois éléments, qu'un auteur appelait « *la trilogie classique* »¹⁹⁰ : une faute, un dommage et un lien de causalité entre la faute et le dommage. C'est un système de responsabilité subjective dans le sens où l'accent est mis sur la conduite de l'individu responsable. Quant à la preuve, la victime doit prouver la faute qui est à l'origine du préjudice.

La responsabilité fondée sur le risque a fait son chemin dans la doctrine, la jurisprudence et le droit positif dans un contexte bien spécifique lié aux brèches laissées par la responsabilité fondée exclusivement sur la faute. Vers la fin du XIXe siècle, l'impossibilité d'obtenir

¹⁸⁴ G. VINEY, *Introduction à la responsabilité*, in *Traité de droit civil*, sous la direction de J. GHESTIN, LGDJ, 3^e éd., 2008, n° 1 : La responsabilité civile recouvre en effet « l'ensemble des règles qui obligent l'auteur d'un dommage causé à autrui à réparer ce préjudice en offrant à la victime une compensation ».

¹⁸⁵ P. MALAURIE, L. AYNES, P. STOFFEL-MUNCK, *op. cit.*, p. 27 : « La responsabilité peut être fondée sur la faute ou sur le risque » ; Adversaires de la théorie du risque : H. MAZEAUD, L. MAZEAUD, J. MAZEAUD, F. CHABAS, *Leçons de droit civil*, Tome II, premier volume, *Obligations – théorie générale*, 9 éd. Par F. CHABAS, Montchrestien, 1998, p. 445 ; Les défenseurs de la théorie du risque : R. SAVATIER divisait son *Traité de la responsabilité civile* en deux parties : responsabilité fondée sur la faute, responsabilité fondée sur le risque ; Pour une présentation de la concurrence entre responsabilité civile fondée sur la faute et celle fondée sur le risque, voir G. VINEY, *Introduction à la responsabilité*, *op. cit.*, n° 48 à 56 ; Sur la réforme de la responsabilité : G. VINEY, *idem*, n° 57 à 66-3.

¹⁸⁶ M. FRABRE-MAGNAN, *Les obligations*, *op. cit.*, p. 48.

¹⁸⁷ *ibidem*.

¹⁸⁸ *ibidem*.

¹⁸⁹ P. NEAU-LEDUC, « Les nouvelles perspectives du droit de la responsabilité bancaire » in *Les banques entre droit et économie*, M.-A. FRISON-ROCHE (dir.), LGDJ, 2006, p. 113.

¹⁹⁰ R. CABRILLAC, *Droit des obligations*, *op. cit.*, p. 122.

réparation du préjudice survenu sans faute dans les accidents de travail ou des chemins de fer contribuait à créer un sentiment d'injustice que la responsabilité fondée sur le risque est venue combler, par le biais de l'évolution de la jurisprudence en matière d'indemnisation des accidents de travail, qui a donné une interprétation très large à la notion de faute. Ensuite, c'est Saleilles qui fonde sa théorie sur l'équité et sur l'interprétation *lato sensu* de l'article 1384 alinéa 1^{er} du Code civil qui dispose qu' : « *on est responsable non seulement du dommage que l'on cause par son propre fait, mais encore de celui qui est causé par le fait des personnes dont on doit répondre, ou des choses que l'on a sous sa garde.* ». D'où l'affirmation de Raymond Saleilles que « *toute activité qui fonctionne pour autrui fonctionne au risque d'autrui* » et « *c'est celui qui en a la direction qui doit en payer les risques* ¹⁹¹ ».

Responsabilité objective, causale¹⁹², elle met l'accent sur le rapport de causalité entre le dommage et les actes du responsable, indépendamment de toute faute personnelle de l'individu responsable. « *Celui qui a causé un dommage est, à cette seule condition, tenu de le réparer*¹⁹³. » C'est la traduction du principe énoncé par l'adage *ubi emolumentum, ibi onus* : là où est le profit doit également être la charge. Cela implique qu'au niveau de la preuve la victime n'est plus tenue à démontrer la faute, mais seulement le lien de causalité.

Cette théorie a eu plusieurs étapes et versions. Tout d'abord il y a eu sa consécration dans la législation des accidents du travail datant du 1898, suivie par l'interprétation large de l'article 1384 alinéa 1^{er} du Code civil dès 1930 et enfin la loi sur les accidents de la circulation en 1985. Quant aux versions et fondements, au début, dans la lignée de l'adage *ubi emolumentum, ibi onus*, les auteurs ont évoqué le concept du « risque –profit ». Ensuite la théorie a absorbé le concept plus large de « risque créé », selon l'expression de Josserand, indépendamment de la notion de profit : « *toute personne qui exerçait une activité risquée (par exemple la conduite automobile) devait en assumer les conséquences dommageables* ¹⁹⁴ ». De plus, tenant compte de la diversité des hypothèses, les fondements de la théorie sont presque casuistiques : on a évoqué le « *risque profit* » (là où est le profit doit également être la charge), le « *risque créé* » (« la personne qui exerce une activité risqué doit en assumer les conséquences »)¹⁹⁵, etc.

L'émergence de l'analyse économique du droit ouvre la voie à une interprétation économique de la responsabilité fondée sur le risque, car elle se prête à une analyse d'efficacité. Ainsi, il apparaît qu'« *imputer les risques à celui qui exerce une activité est d'abord de nature à l'inciter à prendre davantage de précautions dans l'exercice de celle-ci, et donc à essayer de prévenir plutôt que de devoir guérir.* »¹⁹⁶.

¹⁹¹ R. SALEILLES, « Le risque professionnel dans le Code civil » in *La réforme sociale*, 1898, p. 646 ; F. MILLET, *op. cit.*, n° 190, p. 114.

¹⁹² J. CARBONNIER, *Droit civil. Les obligations*, t. 4, *op. cit.*, n° 200.

¹⁹³ J. FLOUR et J.-L. AUBERT, *Les obligations : le fait juridique*, éd. A. Colin, 1999, n° 70.

¹⁹⁴ M. FRABRE-MAGNAN, *Les obligations*, *op. cit.*, p. 49.

¹⁹⁵ J. CARBONNIER, *Droit civil. Les obligations*, t. 4, *op. cit.*, n° 203.

¹⁹⁶ M. FRABRE-MAGNAN, *Les obligations*, *op. cit.*, p. 49.

La responsabilité sur le risque marque une tendance à la socialisation du droit et semble aller à l'encontre de l'esprit libéral du Code civil. L'individualisme est l'expression du libéralisme qui exalte la responsabilité fondée sur la faute de l'individu. Cependant, comme disait le doyen Carbonnier, il y a un « *apaisement de l'antinomie entre la faute et le risque* » car la responsabilité fondée sur le risque ne tiendrait sans être soutenue par « *une idée de faute diffuse, l'idée qu'il y a eu des fautes commises, dont on a l'intime conviction, quoiqu'un ne puisse en faire la preuve, ni même toujours identifier le coupable* ¹⁹⁷ ».

D. Mécanismes ayant comme finalité la prévention des risques

57. Prévenir le risque d'injustice. La notion de risque en droit ne doit pas être réduite aux conséquences dommageables d'un événement probable. Ainsi, plus qu'un simple danger, le risque en droit est étroitement lié au but, à la finalité poursuivie par le droit. Certes, c'est une interprétation très large de la notion, qui expliquerait que, *in fine*, toutes les règles créées par le droit ont comme finalité de prévenir ou empêcher un risque d'injustice. Le sujet est vaste car, la notion juridique de risque, malgré tous les efforts de définition, reste entourée d'un certain flou. Cependant, nous allons tenter de montrer que le droit utilise des mécanismes afin de prévenir le risque fondamental qui est celui de l'injustice dans le droit des contrats.

58. Prévenir le déséquilibre contractuel. Un risque juridique majeur consiste dans le danger que constituent pour l'ordre juridique les atteintes à l'équilibre du contrat. De telles atteintes peuvent ressurgir notamment de l'existence d'un consentement vicié ou de l'abus d'une partie faible par une partie contractante forte. Ce sont des risques juridiques dans la mesure où ces situations constituent un danger réel pour la finalité du droit, pour la morale, mais également pour l'économie libre du marché. Leur prise en considération s'est faite depuis toujours, les vices du consentement en étant l'une des preuves manifestes. Mais, d'autres instruments juridiques plus efficaces ont vu le jour, favorisés par l'évolution de la société, la multiplication des échanges, la consommation de « masse », ainsi que la prise en considération des inégalités existantes entre les cocontractants. C'est notamment le cas des obligations d'information, de mise en garde et de conseil des professionnels à l'égard des consommateurs ou autres parties réputées faibles. De même, le formalisme, « *en raison de son rôle préventif, est devenu l'un des instruments essentiels de l'ordre public et social de protection et de direction* »¹⁹⁸. Ces nouvelles techniques juridiques sont les principaux moyens que le législateur et le juge ont utilisés pour la prévention des risques liés à l'asymétrie de l'information, nouveau « mal du siècle ». Elles sont, en partie, le reflet d'une profonde socialisation du droit, tout comme l'appréciation différente qu'on donne aux vices du consentement selon qu'une partie est ou non dans une situation de faiblesse¹⁹⁹. Il ne s'agit

¹⁹⁷ J. CARBONNIER, *Droit civil. Les obligations*, t. 4, *op. cit.*, n° 203.

¹⁹⁸ J. GHESTIN, G. LOISEAU et Y.-M. SERINET, *La formation du contrat*, tome 1 : *Le contrat – Le consentement*, *op. cit.*, n° 901, p. 668.

¹⁹⁹ G. LOISEAU, « L'application de la théorie des vices du consentement au contrat de travail » in *Etudes J. GHESTIN*, LGDJ, 2001, 579.

pas cependant d'une rupture totale avec l'esprit libéral du droit des contrats, mais d'une réponse juridique adaptée au contexte économique de nos jours, ses fondements étant tant d'ordre économique, qu'éthique, sociologique et politique.

59. Information, mise en garde et conseil - rôle complexe. Le rôle que les obligations d'information précontractuelle, de mise en garde et de conseil jouent dans le droit est certainement complexe. Elles constituent en égale mesure des instruments qui permettent à leurs bénéficiaires de mieux maîtriser leurs risques, en étant mieux informés, en leur fournissant des informations qui permettent le rétablissement de l'égalité contractuelle, en leur offrant la possibilité de faire un choix en pleine connaissance de cause. D'autre part, ces obligations, une fois accomplies, parviennent à transférer des risques du débiteur de l'information au créancier de l'information.

Avec l'avènement du consumérisme, la loi et la jurisprudence ont souhaité, au travers d'une certaine transparence, renforcer la protection des parties faibles lors de la conclusion du contrat. C'est à ce titre qu'ils ont imposé au professionnel toute une série d'informations et mises en garde portant notamment sur les éléments et risques essentiels du contrat²⁰⁰.

Cette innovation a été suivie d'une autre consistant dans le renversement de la preuve, qui a été tout d'abord promue par la Cour de Cassation en s'appuyant sur l'article 1325 du Code civil²⁰¹, puis entérinée par le législateur. Ainsi, en cas de litige, il appartient au professionnel de prouver qu'il a exécuté son obligation d'information précontractuelle à l'égard de ses clients²⁰². La finalité de cette règle est d'inciter les professionnels à prendre au plus sérieux leurs obligations d'information précontractuelle et à se pré-constituer des preuves. Pourquoi cette pression jurisprudentielle et législative? On sent bien qu'il s'agit des mesures préventives contre le risque d'un consentement vicié, et implicitement contre le risque d'un déséquilibre contractuel, qui est perçu à la fois comme nocif, inutile et injuste. A long terme ces déséquilibres nuiront au développement d'une véritable économie du marché libre, et ayant un effet de frein dans les relations entre professionnels et consommateurs.

60. De l'approche classique à l'approche moderne du risque juridique. Le risque tel que nous l'avons présenté jusqu'à maintenant représente la manière classique d'entendre la notion de risque juridique. Il brille par la beauté abstraite des concepts et constructions doctrinaires, mais reste une notion bien énigmatique pour le monde des entreprises. Lorsqu'on parle de

²⁰⁰ Voir en ce sens J. GHESTIN, G. LOISEAU et Y.-M. SERINET, *La formation du contrat*, tome 1 : *Le contrat – Le consentement*, in J. Ghestin (dir.), *Traité de droit civil*, LGDJ, 2013, n° 1592 à 1698 ; Cour de cassation, Etude « Le droit de savoir » in *Rapport Annuel 2010*.

²⁰¹ Cass 1^{ère} civ, Hédreul c/ Cousin et al., *Bull. civ.*, I, n° 75.

²⁰² Voir en ce sens la loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation, dite « loi Hamon », *JO* du 18 mars 2014, p. 5400 ; Voir en ce sens le nouvel art. L 111-4, I du Code de la consommation (suite à la recodification du Code de la consommation) qui entre en vigueur pour les contrats conclus après le 13 juin 2014, ou les anciens art. L 111-1, III et L 111-2 du même code. Sur la loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 : C. AUBERT DE VINCELLES et N. SAUPHANOR-BROUILLAUD, « Loi du 17 mars 2014 relative à la consommation-nouvelles mesures protectrices du consommateur », *D.* 2014, 879 ; Colloque « La présentation de la loi du 17 mars 2014 relative à la consommation », organisé à l'Université de Strasbourg, N. RZEPECKI et J. LASSERRE-CAPDEVILLE (dir.), *Gaz. Pal.*, 2014, n° 110 à 114.

risque juridique, le professionnel n'a pas en vue cette acception. Il appréhende la notion sous l'angle des pratiques commerciales (ce qu'il peut ou ne peut pas faire), des conséquences juridiques, de l'opportunité de l'adaptation aux nouvelles règles, de l'efficacité opérationnelle et *in fine* des gains et des pertes. « *Il convient (...) de garder à l'esprit que l'entreprise ne s'accommode pas de la beauté abstraite du droit. Elle en recherche le résultat.* »²⁰³. Il apparaît alors impératif d'appréhender la notion de risque juridique à l'aune du *risk mangement*.

§2 Approche orientée vers la gestion

61. Risques juridiques et gestion de l'entreprise. Il n'y a point d'entreprise sans accepter de prendre des risques. Encore faut-il pouvoir les appréhender correctement car ceux-ci ont un impact sur la santé des entreprises. Nous constatons d'ailleurs une progression des risques de toute nature, en raison principalement de la mondialisation de l'économie, de l'accélération et la complexité croissante des transactions et de la forte pénétration des nouvelles technologies. Les entreprises ne peuvent plus ou ne devraient plus accepter comme une fatalité les conséquences de leurs activités économiques. Dans cet univers à risque, l'entreprise doit pouvoir faire face, à tout moment, non seulement aux risques courants, ou à tout le moins ceux déjà identifiés, mais également à ceux moins prévisibles. Il est donc nécessaire d'avoir une gestion globale des risques, qu'ils soient économiques, financiers, environnementaux ou juridiques. Dans ce contexte, il est nécessaire de comprendre que le droit est étroitement lié à la gestion de l'entreprise. A plus forte raison lorsqu'on pense que l'existence même de l'entreprise, tout comme son activité, comportent une dimension juridique. En effet, les entreprises sont des personnes morales, des entités juridiques et par la force des choses leur activité quotidienne suppose tout un ensemble de contrats (contrats de vente, de prestation de service, de travail, de financement...). Elles n'échappent non plus au droit de la responsabilité qu'elle soit civile, fiscale, pénale... Le droit est à la fois une source des facteurs susceptibles d'altérer les objectifs de sécurité des entreprises et un moyen de gérer leurs risques. En ce sens, il peut devenir un facteur de compétitivité, en optimisant leurs opérations internes, voire leurs stratégies commerciales.

62. Gestion des risques. C'est cette double casquette du droit qui a permis l'apparition de l'approche *Law & Management* qui accorde une importance cruciale aux stratégies de gestion des risques juridiques. Ayant vocation à minimiser les pertes financières, à assurer une allocation optimale de ressources et à éclairer les décideurs, elles constituent un facteur d'enrichissement pour l'entreprise. Cette vision n'est pas surprenante car la gestion des risques est définie comme étant « *le processus par lequel les organisations traitent méthodiquement les risques qui s'attachent à leurs activités et recherche ainsi des bénéfices* »

²⁰³ G. DEHARO, « La gestion du risque juridique dans l'entreprise », *LPA*, 4 janvier 2011, n° 2, p. 6.

durables dans le cadre de ces activités, considérées individuellement ou bien dans leur ensemble »²⁰⁴.

63. Normes imposant la gestion des risques juridiques. Une gestion adéquate des risques juridiques est nécessaire dans de nombreux secteurs d'activité et pas uniquement dans le secteur bancaire, car elle est imposée par une série de normes applicables indépendamment du secteur économique. Parmi ces normes, il convient de citer les normes de comptabilité internationale IAS / IFRS (International Accounting Standards / International Financial Reporting Standard) qui imposent la nécessité de disposer d'un processus de gestion des risques juridiques permettant une identification, une évaluation et un traitement adéquat des obligations juridiques. Il s'agit notamment de la norme IAS 37 qui oblige les entreprises cotées à comptabiliser les provisions²⁰⁵ trouvant leur source dans la survenance d'une obligation juridique. L'évaluation de ces provisions, c'est-à-dire des passifs dont l'échéance ou le montant est incertain, demande une connaissance approfondie des risques juridiques susceptibles d'avoir un impact financier sur l'entreprise. La disposition IAS 37 requiert également d'identifier et mentionner dans les annexes au bilan même les « passifs éventuels », définis comme des « *obligations potentielles résultant d'événements passés et dont l'existence ne sera confirmée que par la survenance (ou non) d'un ou plusieurs événements futurs incertains qui ne sont pas totalement sous le contrôle de l'entreprise; ou une obligation actuelle résultant d'événements passés mais qui n'est pas comptabilisée car il n'est pas probable qu'une sortie de ressources représentatives d'avantages économiques sera nécessaire pour éteindre l'obligation; ou car le montant de l'obligation ne peut être évalué avec une fiabilité suffisante* ». Par conséquent, l'entreprise doit avoir une image globale de son exposition au risque juridique ou en tout cas aux risques potentiels ayant des connotations juridiques.

64. L'incertitude – caractéristique essentielle du risque juridique. Il convient d'observer l'utilisation du mot « incertain » dans la rédaction de la norme IAS 37. C'est précisément là qu'on trouve la caractéristique essentielle du risque : l'existence d'un risque ne sera confirmée que par la survenance d'un ou plusieurs événements futurs incertains qui ne sont pas totalement sous le contrôle de l'entreprise.

²⁰⁴ Voir en ce sens Federation of European Risk Management Association, *Cadre de référence de la gestion des risques*, p. 3.

²⁰⁵ En vertu de la norme IAS 37 12 « Provisions, passifs éventuels et actifs éventuels », par « provision » on doit comprendre « des passifs dont l'échéance ou le montant est incertain ». Une provision doit être comptabilisée entre autre si, et seulement si, (1) une entreprise a une obligation actuelle (juridique ou implicite) résultant d'un événement passé et (2) s'il est probable (c'est à dire plus probable qu'improbable) qu'une sortie de ressources représentatives d'avantages économiques sera nécessaire pour éteindre l'obligation et enfin (3) si le montant de l'obligation peut être estimé de manière fiable. Un fait générateur d'obligation est défini comme « un événement qui crée une obligation juridique ou implicite qui ne laisse pas à l'entreprise d'autre solution réaliste que de régler cette obligation » alors que l'obligation juridique est celle « qui découle : (a) d'un contrat (sur la base de ses clauses explicites ou implicites); (b) des dispositions légales ou réglementaires; ou (c) de toute autre source de droit 13 », voir en ce sens http://ec.europa.eu/internal_market/accounting/ias/standards_fr.htm (consultée le 3 juillet 2012).

Cependant, il est évident que les risques juridiques sont inhérents au fonctionnement de toute entreprise et pas uniquement à celles cotées. Et malgré l'attention qu'on porte, ne serait-ce que dans ces normes comptables internationales, au risque juridique, il n'y a aucune définition standard à utiliser, mais plutôt des tentatives de définitions, plus au moins succinctes, fournies soit par la doctrine, soit par diverses organisations et autorités règlementaires. Voyons maintenant ce que l'on entend exactement sous le vocable de risque juridique. Pour ce faire, nous allons présenter différentes définitions pour tenter ensuite de proposer notre propre définition.

A. Définition du risque juridique de l'entreprise

65. A la recherche d'une définition. La seule certitude dans cet univers d'incertitudes est que les risques juridiques sont omniprésents dans la vie des affaires. Etant à la recherche d'une définition générale, qui convienne à tous les types d'entreprises, nous analyserons successivement les définitions proposées par différentes associations européennes et/ou intergouvernementales et la doctrine.

Précisons que nous ne nous attarderons pas sur les connotations positives du risque. En parlant des risques de l'entreprise et de leur gestion, il est évident que l'hypothèse du risque heureux dans la vie courante d'une entreprise reste théorique, quoiqu'il ne soit pas impossible de l'envisager : imaginons par exemple l'adoption d'une nouvelle loi dont les dispositions permettent à une société d'atteindre ses objectifs de manière moins contraignante. Nous allons privilégier la connotation négative, le risque de perte.

1. Définition proposée par la Fédération européenne des associations de gestion des risques

66. Une approche mathématique et économique. Nous pouvons choisir comme point de départ la définition donnée par la Fédération Européenne des Associations de Gestion des Risques qui a l'avantage d'être extrêmement concise. Ainsi, le risque est «*la combinaison de la probabilité d'un événement et des conséquences de celui-ci*»²⁰⁶.

En ce qui concerne le type d'événement visé par la Fédération Européenne des Associations de Gestion des Risques, deux cas de figure semblent envisageables :

- un événement non délibéré dont les conséquences négatives n'ont pas été prévues,

²⁰⁶ O. GOFFARD, « Le risque juridique: cadre légal, définition et principes de gestion », *Cahier du juriste - van de jurist*, Belgique, 2007, n° 5-6 qui cite «Cadre de référence de la gestion des risques», Federation of European Risk Management Association, disponible sur internet à l'adresse www.theirm.org/publications/documents/French_Risk_Management_Standard_021203.pdf (consultée le 15 juillet 2013); La même définition est donnée par le *Guide ISO/IEC*, n° 73.2003, éd AFNOR, 2003.

- un événement délibéré susceptible d'entraîner des conséquences néfastes pour l'entreprise, (exemple : contrôle limité de certaines opérations, pratiques concurrentielles déloyales ou cartel, politiques de risques adoptés à bon escient, fraude interne).

Si l'on transposait cette définition du risque au domaine juridique, il faudrait conclure que le risque juridique correspond à la probabilité de la survenance d'un événement délibéré ou non, entraînant des conséquences néfastes, directe ou indirectes, de nature juridique.

2. Définition proposée par l'« International Bar Association »

67. Une approche orientée vers le *risk management*. Un groupe de travail regroupant principalement des avocats et des juristes d'entreprise réunis sous l'égide de l'International Bar Association (IBA)²⁰⁷ s'est intéressé au risque juridique en tant que partie intégrante de la stratégie financière et commerciale des institutions financières, adoptant une approche qui s'apparente au raisonnement de la théorie économique de gestion des risques, plus connue sous le vocable de *risk management*. Les experts ont pris en compte des méthodes d'évaluation du risque juridique, des instruments de limitation de la survenance de risques juridiques non acceptables et des moyens de contrôle des risques juridiques acceptables²⁰⁸. Il convient de préciser que la spécificité du périmètre restreint le concept du risque au domaine des transactions financières et des activités bancaires commerciales et d'investissement. Mais nous présenterons ses aboutissements théoriques, car ils nous seront utiles pour la définition du risque juridique de l'entreprise en général, et du risque bancaire en particulier.

Ainsi le risque juridique a été défini comme étant : «*le risque de perte pour une institution causé principalement par :*

- *une transaction défectueuse*²⁰⁹

²⁰⁷ www.ibanet.org (consultée en juillet 2012)

²⁰⁸ www.ibanet.org/legalpractice/IBA_Working_Party_on_Legal_Risk_.cfm. (consultée en juillet 2012)

²⁰⁹ La définition inclut la notion de «transaction défectueuse» qui a nécessité à son tour un effort de clarification. Selon IBA, la transaction défectueuse couvre plusieurs cas de figure :

- effectuer une transaction qui n'alloue pas les droits et obligations et les risques associés de la manière escomptée,
- effectuer une transaction qui pourrait être qualifiée de nulle et non applicable dans sa totalité ou en ce qui concerne une de ses parties matérielles,
- effectuer une transaction sur base d'enquêtes ou de garanties qui se révèlent fausses ou trompeuses ou qui n'ont pas divulgué tous les faits ou circonstances matériels,
- mal interpréter les effets d'une ou plusieurs transactions,
- s'engager dans un contrat qui ne dispose pas d'un processus de règlement des litiges efficace et honnête,
- entrer par inadvertance dans les liens d'un contrat,
- souscrire des 'security arrangements' qui sont ou peuvent être défectueux.»

Voir en ce sens R. MC CORMICK, *Legal risk in the financial market*, second edition, Oxford, 2010 p. 113.

- *une plainte (incluant une défense envers une plainte) ou tout autre événement qui résulte dans une responsabilité de l'institution ou toute autre perte (par exemple en conséquence de la terminaison d'un contrat),*
- *l'absence de prise de mesures appropriées afin de protéger les biens dont l'institution est propriétaire (par exemple la propriété intellectuelle),*
- *un changement de droit.»*

Selon IBA, le risque juridique est concevable sous trois grandes dimensions:

- risque de réclamation ou d'une action en justice, risque de condamnation, suite à une violation d'une loi ou d'un règlement, ou tout autre risque entraînant une responsabilité civile.
- risque de dysfonctionnements techniques dans l'exécution d'une transaction, résultant dans une perte pour ceux qui ont investi de l'argent dans l'opération financière.
- risque systémique lorsque la banqueroute financière d'une institution financière majeure entraîne la chute d'autres institutions liées à cette institution ou encore lorsque le marché dans son ensemble a mal interprété la position juridique sur un point qui est d'importance particulière pour le recouvrement de fonds censés être investis de manière sécurisée²¹⁰.

3. *Définition proposée par le Comité de la Réglementation bancaire et financière de la Banque de France*²¹¹

68. Le risque juridique bancaire dans la vision du législateur français. Le Comité de réglementation bancaire et financière (CRBF) fournit dans le règlement n° 97-02 du 21 février 1997 relatif au contrôle interne des établissements de crédit et des entreprises d'investissement²¹² trois définitions distinctes pour le risque opérationnel, le risque juridique

²¹⁰ R. MC CORMICK, *op. cit.*, p. 10.

²¹¹ Le CRBF a été supprimé en 2003, étant remplacé par le Comité Consultatif de la législation et de la réglementation financière (CCLRF). Le CCLRF est un simple organe consultatif, et le pouvoir de réglementation revient désormais au Ministre de l'Economie.

²¹² Il s'agit notamment du Règlement CRBF n° 97-02 du 21 février 1997 relatif au contrôle interne des établissements de crédit et des entreprises d'investissement, disponible sur le site internet de Banque de France http://www.banque-france.fr/cclrf/fr/pdf/CRBF97_02.pdf

Le Comité de la réglementation bancaire et financière (CRBF) a été remplacé par le Comité Consultatif de la Législation et de la Réglementation Financières (CCLRF). Le CCLRF est chargé de donner un avis sur tous les projets de textes normatifs à portée générale dans le domaine bancaire, financier et des assurances (loi, ordonnance, décret, arrêté, ainsi que règlement européen et directive européenne), sur saisine du ministre chargé de l'économie à l'exception des textes portant sur l'Autorité des marchés financiers (AMF) ou entrant dans les compétences de celle-ci. Le Comité consultatif de la législation et de la réglementation financière dispose d'une compétence doublement élargie : au domaine des établissements de crédit et des prestataires de services d'investissement s'ajoute celui de l'assurance ; outre les arrêtés du ministre chargé de l'économie, son champ d'intervention inclut l'ensemble des règlements, des projets de lois et de textes communautaires.

et le risque de non-conformité. Le risque juridique est défini dans le règlement CRBF 97-02 comme étant le « *le risque de tout litige avec une contrepartie, résultant de toute imprécision, lacune ou insuffisance susceptible d'être imputable à l'entreprise au titre de ses opérations* »²¹³

4. Définitions données par la doctrine

69. Une définition restrictive du risque juridique. Sur le plan doctrinal, pour Mme G. Déharo, le risque juridique est « *l'éventualité de survenance d'un événement dommageable généré par le fonctionnement normal de l'entreprise et susceptible d'entraîner une condamnation civile et/ou pénale.* »²¹⁴

70. Critique. Une telle formulation serait toutefois restrictive et ambiguë. Elle est restrictive, car dans la plupart des cas, le client n'attaque pas l'entreprise en justice, mais il peut obtenir un geste commercial sous différentes formes ou même une réparation totale ou partielle par voie amiable. Concernant les conséquences juridiques *stricto sensu* d'un risque juridique, on évoque classiquement: la nullité absolue ou relative qui a comme effet l'effacement rétroactif du contrat, entraînant pour l'entreprise l'obligation de restitution des sommes initialement investies, pénalités, amendes, différentes sanctions pénales, condamnation aux dépens, condamnation au titre de l'article 700 du Code de procédure civile, dommages et intérêts ou même la déchéance du droit aux intérêts lorsqu'il s'agit d'un établissement de crédit. Toutefois, il faut bien prendre en compte d'autres conséquences qui se traduisent dans une perte pour l'entreprise: coût de traitement des réclamations, intérêts de trésorerie, gestes commerciaux, perte de clientèle, non captation de clientèle et finalement la perte d'image. D'autres conséquences peuvent également être envisagées en fonction de la nature de l'entreprise. Par exemple, si l'on a à faire à une banque, il faudra prendre en compte les éventuelles sanctions disciplinaires et/ou pécuniaires infligées par les autorités de contrôle²¹⁵.

La définition de Mme G. Déharo est également ambiguë car elle fait référence au fonctionnement normal de l'entreprise. Or, le risque juridique suppose un dysfonctionnement sous la forme d'une insuffisance ou d'un excès, d'une inadéquation ou d'une défaillance.

En matière d'avis sur les projets de décrets et d'arrêtés, autres que les mesures individuelles, le ministre doit demander une nouvelle délibération s'il ne souhaite pas suivre un avis défavorable du CCLRF. La continuité de l'application des textes actuellement en vigueur est assurée par l'art. 47 de la loi de sécurité financière qui prévoit le maintien en vigueur des règlements du CRBF. Les règlements du CRBF pourront être modifiés ou abrogés par arrêté du ministre chargé de l'économie dans les conditions prévues ci-dessus. Le fonctionnement du Comité est assuré sous l'autorité d'un secrétaire général nommé par le ministre chargé de l'économie et assisté de secrétaires généraux adjoints. Le secrétariat général s'appuie sur des moyens mis à sa disposition par la Banque de France. Comme le faisait le CRBF depuis 1984, il est prévu que le Comité publie chaque année un rapport d'activité ainsi qu'un recueil de textes relatifs à l'exercice des activités bancaires et financières. Le CCLRF est présidé par le ministre des finances et comprend 14 autres membres. Voir les art. L. 611-1 nouveau et suivants du Code monétaire et financier.

²¹³ Règlement CRBF n° 97-02 du 21 février 1997 relatif au contrôle interne des établissements de crédit et des entreprises d'investissement, art. 4 (K).

²¹⁴ G. DEHARO, *La gestion du risque juridique dans l'entreprise*, op. cit., n° 2, p. 6.

²¹⁵ Voir *infra* n° 365-367

Nous pensons qu'il faudra privilégier dans la définition la notion du fonctionnement tout court.

71. Une définition du risque juridique orientée vers la gestion des risques. Pour MM. A. Masson et H. Bouthinon-Dumas, un risque juridique « *correspond à la probabilité que survienne un événement extérieur à la volonté de l'entreprise, susceptible de modifier sa situation juridique et d'avoir des répercussions économiques pour elle. Par exemple, en ce qui concerne les risques liés à l'innovation, on peut citer le risque de contestation de la validité des brevets détenus par l'entreprise, les sanctions encourues au titre des règles relatives à la mise sur le marché du produit ou encore les risques liés à l'application du droit de la concurrence* »²¹⁶.

72. Objections. Présentée de façon plutôt économique, cette définition repose toutefois sur quelques ambiguïtés. Celles-ci concernent surtout les effets d'un risque juridique. Si tout risque juridique serait susceptible de modifier la situation juridique de l'entreprise, cela reviendrait à restreindre le concept uniquement aux risques extrêmes et aux dysfonctionnements majeurs pouvant mettre en péril la situation juridique de la société, allant des procédures collectives jusqu'à la dissolution ou la radiation en passant par la responsabilité pénale du management ou de la personne morale. Or, le risque juridique recouvre également des risques très fréquents et impliquant des montants dérisoires, comme les réclamations de la clientèle. C'est toute la richesse du concept qui peut aller du simple litige soldé avec un geste commercial jusqu'au risque d'une grande ampleur, ayant des conséquences très graves en termes de pertes et de risque d'image.

73. Une définition qui prend en compte la diversité des causes. Pour O. Goffard²¹⁷ le risque juridique est « *la probabilité quantifiée de l'exploitation d'une vulnérabilité du processus de gestion de ces risques dans une société. Il peut trouver sa source dans des événements internes ou externes à la société, et plus précisément dans :*

- *un processus déficient,*
- *l'absence de conformité des activités d'une société avec les dispositions légales, réglementaires et contractuelles applicables,*
- *l'adoption de lois ou de règlements dont les conséquences ne sont pas alignées avec les objectifs de la société,*
- *l'interprétation erronée des conséquences d'une norme législative, réglementaire ou contractuelle applicable,*
- *une transaction défectueuse, un dysfonctionnement du système informatique ou une communication erronée de la société qui résulte en une violation des normes légales, réglementaires ou contractuelles applicables,*
- *une sensibilisation trop faible des employés de la société aux risques juridiques susceptibles d'avoir un impact sur la société »*

²¹⁶ A. MASSON et H. BOUTHINON-DUMAS, « L'approche « Law & Management » in *RTD com.* 2011 p. 233.

²¹⁷ O. GOFFARD, *op. cit.*, n° 5-6

Pour l'auteur, le « processus déficient » peut concerner :

- une veille juridique qui ne permet pas l'identification des nouveautés législatives, réglementaires, doctrinales ou jurisprudentielles pertinentes pour la société,
- une implication inopportune du département juridique dans le lancement de tout nouveau produit, service ou projet,
- un avis juridique inopportun à propos d'une activité ou d'un contrat de la société, soit que cet avis ne soit pas demandé lorsque c'est nécessaire, soit qu'il ne soit pas de qualité suffisante, soit qu'il ne réponde pas aux attentes lorsqu'il s'agit d'avis rendu par des juristes externes,
- un dysfonctionnement dans la protection juridique des biens et droits de la société (exemple : filiales, participations, droits de propriété intellectuelle, clauses uniformisées),
- manquements à la surveillance continue de la conformité des activités de la société avec des lois, réglementations ou contrats applicables.²¹⁸

74. Une définition critiquable. Cette définition se heurte à deux objections. Tout d'abord, il faut bien admettre que les risques juridiques sont des risques à géométrie variable. Ils peuvent changer de nature, de conséquences, de sources, etc. En étant trop descriptive et en énumérant les différents scénarios de risque juridique, la définition devient un cloisonnement des sous catégories des risques juridiques. Or l'exercice demande un effort de détermination par une formule précise de l'ensemble des caractéristiques du risque juridique. Ensuite, il y a des redondances et des superpositions des notions : pourquoi distinguer « *les manquements à la surveillance continue de la conformité des activités de la société avec des lois, réglementations ou contrats applicables* » des « *processus déficients* » ? En quoi seraient-ils opposables ? Selon nous ces manquements peuvent s'inscrire dans la catégorie très vaste des processus déficients.

Après avoir présenté les définitions du risque juridique données tant par les différents institutions et auteurs, nous tenterons de donner notre propre définition d'une manière synthétique.

5. Notre définition

75. La nécessaire prise en compte des sources du risque juridique. Il faut selon nous distinguer deux types de sources de risque juridique : d'une part, les défaillances internes de processus de l'entreprise et, d'autre part, les sources de risque indépendantes de l'activité interne de l'entreprise. Dans la première catégorie, nous allons inclure tant les défaillances propres aux services juridiques de l'entreprise (défaillances dues aux juristes de l'entreprise) que les défaillances de quelconque processus interne conduisant à un litige, entraînant ainsi des effets juridiques (toute plainte, réclamation, procès, procédure disciplinaire due à l'action d'une autorité tutélaire ou autre régulateur). Dans la deuxième catégorie, nous considérons les

²¹⁸ *ibidem*.

effets juridiques néfastes pour une entreprise d'un revirement jurisprudentiel ou nés de l'excès, de l'insuffisance ou de l'ambiguïté de la loi.

76. La nécessaire prise en compte de la diversité des conséquences du risque juridique.

Les conséquences d'un risque juridique peuvent être multiples : les suites d'une responsabilité civile classique (nullité, restitution totale ou partielle des sommes d'argent, dommages et intérêts), d'une responsabilité aux termes du droit de la consommation (déchéance du droit aux intérêts, amendes administratives²¹⁹) ou d'une responsabilité pénale et/ou disciplinaire (sanctions pénales pour les personnes physiques et la personne morale, sanctions disciplinaires et pécuniaires de la part des autorités de contrôle). Il convient de compléter cet « inventaire » non exhaustif avec la condamnation aux dépens, la condamnation au titre de l'article 700 du Code de procédure civile, les frais de justice, le coût de traitement des réclamations, les intérêts de trésorerie, les gestes commerciaux, la perte de clientèle, la non captation de clientèle et la perte d'image.

77. Notre définition. Par conséquent, d'après nous, par risque juridique il faut comprendre un risque de perte, directe ou indirecte, voire un manque à gagner qui peut résulter d'un processus juridique interne inadéquat, inopportun ou défaillant, d'un autre processus interne ayant des effets juridiques et/ou de l'excès, de l'insuffisance ou de l'ambiguïté de la loi, ainsi que d'un revirement jurisprudentiel défavorable.

Voyons maintenant la typologie des risques juridiques de l'entreprise.

B. La division des risques juridiques de l'entreprise

78. Une approche cartésienne. Le risque juridique est présent à tous les niveaux de l'entreprise et se manifeste dans une très grande diversité d'hypothèses, ce qui explique la difficulté de dresser un classement exhaustif des risques juridiques. Tenant ainsi compte de la complexité du problème, il est envisageable, dans une approche cartésienne, de « *diviser chacune des difficultés en autant de parcelles qui se trouveraient* », par exemple en risques juridiques liés à la structure sociale de l'entreprise (risques juridiques structurels) et les risques liés à l'activité de l'entreprise (risques juridiques opérationnels ou fonctionnels).²²⁰

²¹⁹ La loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation, précitée, confie à la DGCCRF la charge de sanctionner plus systématiquement que par le passé les manquements des banques : voir en ce sens art. L 121-21 et s. du Code de la consommation, art. R. 132-2 du même code ; Voir N. MATHEY et J. WERNER, « La loi relative à la consommation. Aspects de droit bancaire », *RD bancaire et fin.* 2014, étude 6, n° 2.

²²⁰ G. DEHARO, La gestion du risque juridique dans l'entreprise, *op. cit.*, n° 2, p. 8.

1. Les risques juridiques structurels

79. Risques juridiques structurels. Les risques juridiques structurels interviennent le plus souvent lors de la constitution de l'entreprise ou en cours de route lors de la modification de la forme morale en fonction des intérêts très pragmatiques : des raisons fiscales, volonté de limiter les risques financiers pour le(s) dirigeant(s), des raisons qui tiennent au droit des sociétés, le dépassement de certains seuils qui impose l'adaptation de la société aux normes en vigueur.²²¹ Dans une moindre mesure, il est tout à fait possible que ces risques concernent également l'objet social de l'entreprise.

La gestion de ces risques suppose simultanément une veille juridique et une comparaison de l'évolution législative et réglementaire avec les données structurantes de l'entreprise. Le juriste doit avoir une bonne connaissance de l'entreprise, mais il doit également être associé aux facteurs de décision, c'est-à-dire à la direction centrale ou générale, la direction administrative et financière, la direction marketing, la direction ressources humaines et la /les direction(s) opérationnelles. Le juriste pourra ainsi alerter le management afin qu'il puisse adopter une stratégie appropriée. Dans ce contexte, l'entreprise a tout intérêt à prévoir des clauses de confidentialité à l'égard de ses juristes et avocats²²² afin de se prémunir contre la divulgation informations stratégiques.

²²¹ A. LECOURT, « La modernisation des professions judiciaires et juridiques réglementées : aspects de droit des sociétés », *Bull. Joly Sociétés*, 1er oct. 2010, éclairages ; J.-P. DOM, « La transformation : acte d'un montage », *Bull. Joly Sociétés*, 1^{er} avril 2010, n° 4, p. 409 ; B. DONDERO, « La transformation vue de l'intérieur » *Bull. Joly Sociétés*, 1^{er} avril 2010, n° 4, p. 400 ; J.-P. BERTLE, « Ingénierie juridique : les holding de société d'avocats ou de notaires », *Dr. et patr.*, 2002, p. 103.

²²² Le secret professionnel n'est pas absolu et notamment dans le cas de la relation avocat- entreprise (client) il est souvent limité par la jurisprudence. Ainsi, dans le domaine du droit de la concurrence, la Cour de justice de l'Union européenne a précisé dans son arrêt *Akzo Nobel chemical Ltd c/ Commission*, n° C-550/07, du 24 septembre 2010, que les échanges au sein d'une entreprise communiqués à l'avocat ne sont pas forcément à l'abri du secret professionnel liant l'avocat à son client, pourront être produits en justice dès lors que ce client n'est pas lui-même tenu au secret. Voir *D. act.*, 24 sept. 2010, obs. V. AVENA-ROBARDET.

2. Les risques juridiques fonctionnels ou opérationnels

80. Les risques juridiques fonctionnels. Les risques juridiques fonctionnels ou opérationnels²²³ sont liés à l'activité quotidienne de l'entreprise, à son fonctionnement proprement-dit. En l'absence de définition légale ou réglementaire, les risques juridiques fonctionnels pourraient être définis comme tout litige avec une contrepartie, résultant de toute imprécision, lacune ou insuffisance susceptible d'être imputable à l'entreprise au titre de son activité quotidienne. La mesure et le suivi de ces risques passent nécessairement au préalable par une compréhension et un inventaire exhaustifs de ses différentes origines et formes dans l'entreprise. Leur gestion est bien plus compliquée et passe par la cartographie des incidents potentiels et la connaissance approfondie de ceux avérés. Leur gestion suppose la connaissance approfondie du terrain opérationnel, des méthodes utilisées par les employés, des pratiques commerciales quotidiennes, des procédures et processus internes spécifiques à chaque métier. Les risques juridiques fonctionnels représentent une catégorie des risques dynamiques, évolutifs et en permanente mutation. Ils varient en fonction du type d'activité de l'entreprise, de la taille de l'entreprise, de l'étendue géographique, etc.

La gestion des risques juridiques fonctionnels suit un modèle composé de plusieurs étapes qui permettront une meilleure connaissance des risques pour optimiser la réduction du risque et de ses coûts. Tout d'abord les juristes doivent délimiter les principales « zones » de risque liées au type d'activité de l'entreprise en question (vente, services, conseil...) en déterminant les obligations (principales et accessoires) et les droits légaux et jurisprudentiels. Ensuite, les juristes à l'appui des opérationnels doivent assurer un monitoring des risques avérés et d'essayer d'anticiper les risques potentiels. L'anticipation des défaillances se fait généralement par le développement des *scenarii* proposant différentes situations probables de défaillance de l'entreprise entraînant la mise en jeu de sa responsabilité civile, pénale ou disciplinaire, un grand risque d'image, le tout se traduisant dans des pertes financières et des manques à gagner. Il faut également envisager les cas où l'entreprise serait la victime de la défaillance d'un de ses clients, préposés ou intermédiaires. La partie la plus difficile sans doute est de prévoir les solutions aptes à mettre hors de responsabilité la société et ses dirigeants ou sinon de réduire le risque. Le traitement des risques peut se faire par leur contrôle, par le recours au droit, par les assurances ou autres moyens de dilution des risques. C'est l'étape où il faut mettre en place de politiques de contrôle, de prévention ou de protection, de sécurité relative aux personnes et biens. Les mécanismes de dilution des risques consistent à répartir ou à transférer les risques afin que leur impact soit diminué en cas de dommages. C'est le cas notamment des assurances, des clauses de transfert de risques ou de

²²³ Précision terminologique : lorsqu'on aborde les risques juridiques dans l'entreprise en général, nous préférons le terme du risque juridique fonctionnel et pas opérationnel afin de ne pas créer une confusion avec le risque opérationnel bancaire qui a une définition plus étroite. Selon la définition du Comité de Bâle le risque opérationnel est le risque de pertes résultant d'une inadaptation ou d'une défaillance imputable à des procédures, personnels et systèmes internes, ou à des événements extérieurs, y compris les événements de faible probabilité d'occurrence, mais à risque de perte élevée. Le risque opérationnel, ainsi défini, inclut le risque juridique, mais exclut les risques stratégiques et de réputation.

l'externalisation. Dans tous les cas, ces méthodes doivent s'intéresser au rapport coût/bénéfice qui en est retiré. Les juristes doivent s'assurer également qu'en cas du contentieux, celui-ci se fera dans les conditions les plus favorables à l'entreprise, d'où la nécessité de prévoir dans les contrats la compétence territoriale du tribunal, l'utilisation des clauses compromissoires, la médiation, etc.

Par conséquent, pour la gestion du risque juridique fonctionnel, le droit des contrats fournit les principaux outils de prévention et de traitement des risques juridiques. C'est ce qui explique le grand développement des contrats d'adhésion avec des structures bien complexes, déclinées en conditions générales, conditions particulières et parfois des conditions spécifiques. C'est également le besoin d'optimiser la réduction des risques juridiques et implicitement la maîtrise des coûts qui a entraîné l'essor des informations et avertissements de la part des professionnels envers leurs clients. Le contrat associé à une information des clients sur les risques de l'opération via les notices d'information ou les clauses insérées dans les contrats, s'avère un outil essentiel dans le traitement des risques juridiques fonctionnels. C'est dans ce même contexte que se sont développés les modes alternatifs de résolution des litiges, notamment la médiation et la transaction amiable. Les grandes entreprises ont compris le besoin de diminuer les coûts engendrés par le contentieux en créant des structures spécifiques répondant aux réclamations clientèles.²²⁴ La gestion amiable des conflits s'inscrit ainsi dans la sphère de la gestion du risque juridique.

Le risque juridique fonctionnel est un risque multidimensionnel dont la cause peut être liée à une déficience de la veille législative, réglementaire ou déontologique, à un défaut de conformité législative, réglementaire, déontologique ou contractuelle, à un défaut d'organisation ou une déficience des processus internes de la société, à un défaut de matérialisation d'un contrat, convention, etc. Il peut se présenter sous des manifestations diverses qui seront en fonction du type de la prestation (fournie ou reçue) et de sa nature (contrat d'adhésion ou non), du moment de la survenance du risque, de la qualité du contenu de l'accord (définition claire et exhaustive des droits et obligations incombant à chacune des parties).

²²⁴ D'un point de vue économique le développement des modes alternatifs de résolution des litiges n'est pas surprenant. Pour les consommateurs et les clients en général les litiges ne sont que rarement économiquement désirables. Parmi les raisons de ce manque d'attractivité des voies judiciaires, on peut rappeler aléatoirement que les sommes qui sont en jeu sont modestes, les procédures judiciaires sont longues, les frais d'avocats sont élevés. Voir M. DORIAT DUBAN, *Les stratégies économiques du contentieux dans le secteur bancaire*, in M.-A. FRISON-ROCHE (dir.) *Les banques entre droit et économie*, op. cit., pp. 127-264.

C. La gestion des risques juridiques ou le *legal risk management*

81. Gestion des risques ou *risk management*. Apparu aux Etats-Unis, le *risk management* tend en premier lieu à définir et identifier les risques d'entreprise, chiffrer leurs effets, puis assurer le traitement des risques par leur contrôle. De manière générale, la méthodologie de cette discipline comporte trois grandes étapes : la connaissance (l'identification et l'évaluation), le traitement (la réduction à un niveau acceptable) et la gestion (pilotage du système) des risques.

82. Gestion des risques juridiques ou *legal risk management*. Nouvelle conception du management des risques, la gestion des risques juridiques ou le *legal risk management* a vu le jour dans les années soixante, également aux États Unis, dans le domaine de l'assurance. Cette méthode concerne surtout les entreprises fortement structurées. Elle se présente comme une branche du *risk management* et poursuit par conséquent les mêmes buts et comprend les mêmes étapes. Néanmoins, il convient de souligner que la gestion des risques juridiques comporte également l'objectif de guider les décideurs dans leurs choix. Dans le contexte des activités commerciales, le droit peut, d'une part, pousser l'entreprise à adopter une certaine décision sous la contrainte de la norme juridique et d'autre part optimiser la performance d'une entreprise et lui assurer un avantage concurrentiel.

Revêtu de cette double apparence – à la fois contrainte et bouclier – le droit, d'une manière transversale, se trouve omniprésent à tous les niveaux de l'entreprise. Malgré le fait qu'il est difficile de dresser un inventaire exhaustif des risques juridiques, il est tout à fait possible de procéder à une cartographie des risques de nature juridiques qui, mise au service de l'entreprise, peut constituer un outil de pilotage de la performance. Etant donné que les entreprises ne considèrent plus le risque comme une fatalité, mais comme une donnée qui doit être contrôlée, la représentation des risques juridiques doit se faire en embrassant les moyens de travail des juristes et les méthodes traditionnellement appliquées à l'analyse stratégique, en tenant compte des caractéristiques de l'entreprise et les priorités qu'elle se fixe elle-même ou que les autorités lui imposent.

La cartographie des risques permet l'identification de l'exposition aux risques de l'entreprise. Il est ainsi impératif de rechercher l'information en amont et de la diffuser ensuite d'une manière lisible pour les non-juristes qui sont amenés à quantifier les risques afin de donner aux dirigeants la possibilité d'adapter le comportement de la personne morale dans le but de réduire et maîtriser le risque au maximum. En pratique, selon les résultats du 2ème Observatoire des Directions juridiques publié par Ernst & Young fin 2008, seulement 27% des Directions juridiques interrogées ont mis en place une cartographie des risques juridiques alors qu'elles sont 57% à le privilégier dans l'absolu comme un outil de gouvernance et de gestion des risques optimal. En effet, dans la démarche de gestion des risques juridiques, la

mise en place d'une cartographie apporte une prise de recul et peut favoriser l'organisation du département²²⁵.

L'identification des incidents avérés et potentiels constitue un outil d'anticipation qui a le mérite d'intégrer les conséquences juridiques intervenues ou susceptible d'intervenir. Cette cartographie permet à l'entreprise d'adapter ses pratiques le plus tôt possible. La gestion des risques juridiques (*legal risk management*) ne se limite pas à anticiper, mais elle doit aussi résoudre les difficultés. Dans cette perspective, la considération de risque juridique permet de faire une radiographie de l'organisation, du fonctionnement de l'entreprise et de ses activités, en passant en revue les pratiques, les usages, les impératifs du marché, mais également les impératifs réglementaires et le contexte juridique et conformité dans lequel cet ensemble s'inscrit. Par conséquent, « *la gestion du risque juridique dans l'entreprise est à la rencontre des impératifs opérationnels et des contingences concrètes de l'entreprise, d'une part, et de l'application des règles de droit, d'autre part.* »²²⁶.

²²⁵ http://www.cooperteam.com/var/plain_site/storage/fckeditor/File/downloads/lawinfirm%20n15%20-%20p17-18.pdf; Entre le 15 septembre et le 30 décembre 2008, Ernst & Young société d'avocats a interrogé par voie électronique et par courrier 339 Directeurs juridiques et Secrétaires Généraux en charge des questions juridiques. Sur les 339 entreprises qui se sont exprimées, 146 réalisent un chiffre d'affaire de plus de 1 milliard d'euros. Les secteurs d'activités les plus représentés sont l'industrie (21%), les services (12%), banque/finance/assurance (10,5%), construction/ immobilier/ BTP (9,5%) et distribution (9%). La deuxième édition de l'Observatoire des Directions Juridiques, auprès des 1 000 entreprises installées en France, et pour lequel 339 Directeurs juridiques se sont exprimés, représentant 1/5 des juristes d'entreprise en France (<http://www.ey.com/FT/fr/Newsroom/News-releases/Communique-de-presse---Directeurs-juridiques-juristes-dentreprise-un-m%C3%A9tier-en-pleine-ascension-mais-pas-sans-risques>).

²²⁶ G. DEHARO, « La gestion du risque juridique dans l'entreprise », *op. cit.*, p.7.

CONCLUSION DU CHAPITRE I

L'enjeu de ce chapitre a été de présenter les multiples facettes de la notion de risque. Nous avons donc commencé par exposer sommairement l'approche économique du risque et ensuite nous avons délimité deux acceptions, fort différentes, de la notion de risque dans le domaine juridique.

83. Deux manières de concevoir le risque juridique. En droit il y a tout d'abord une approche traditionnelle qui vise le risque sous l'angle des instruments juridiques qui peuvent aménager les conséquences dommageables de sa réalisation. Ensuite il y a une approche moderne, inspirée par la théorie économique de gestion des risques (*risk management*), selon laquelle l'entreprise doit gérer les conséquences dommageables des litiges au sens large, ainsi que de l'excès, de l'insuffisance, de l'ambiguïté de la loi ou d'un revirement jurisprudentiel défavorable. Dans cette deuxième acception, le risque juridique est un risque de perte, directe ou indirecte, voire un risque de manque à gagner, généré par un processus interne, juridique ou pas, inadéquat, inopportun ou défaillant, et/ou par la loi elle-même ou par un revirement jurisprudentiel défavorable.

84. Une acception controversée. Cette deuxième acception du risque juridique est controversée. Certains auteurs considèrent les risques juridiques de l'entreprise des « *faux risques* », car selon eux cette approche « *ne relève nullement du risque, mais simplement d'un choix à faire par un sujet de droit en considération des effets normaux, parfaitement prévisibles et certains, de cette règle.*²²⁷ » On leur reproche dans d'autres mots l'absence d'incertitude... car celui qui ne respecte pas la loi sait que tôt ou tard il en subira les conséquences.

85. L'incertitude - caractéristique essentielle des deux acceptions du risque juridique. En ce qui nous concerne, nous considérons que l'incertitude est bel et bien présente dans les deux acceptions du risque juridique. Ce constat est mis en évidence tout d'abord par une analyse comparative des finalités poursuivies par la stratégie législative de l'Etat et la stratégie juridique d'une entreprise. Le législateur essaye d'anticiper les conséquences dommageables de divers comportements et crée des instruments juridiques qui peuvent anticiper, aménager ou prévenir les risques d'injustice. Ainsi, s'il est vrai que l'Etat élabore une stratégie législative pour répondre à l'omniprésence du risque dans la société, personne ne conteste que le juriste fait la même chose, mais à une plus petite échelle : il essaye d'anticiper les conséquences dommageables et de trouver des moyens de réduction ou d'évitement des risques. Il élabore une stratégie juridique pour répondre à l'omniprésence du risque juridique dans l'entreprise. Ensuite il convient de relever que le risque juridique de l'entreprise est affecté d'une incertitude dans sa survenance. En effet, son existence ne sera confirmée que par l'éventuelle survenance d'un ou plusieurs événements qui, le plus souvent, ne sont pas prévisibles, car ils ne sont pas totalement sous le contrôle de l'entreprise, entraînant ainsi des pertes inattendues. C'est ce qui explique que l'approche du risque à l'aune de la théorie du

²²⁷ J. MOURY, *op. cit.*, p. 91.

risk management est un moteur d'innovation juridique, en donnant l'impulsion nécessaire, par exemple, à la création de nouvelles clauses contractuelles. Concomitamment, le risque juridique est un facteur de développement des nouvelles stratégies de management, en exigeant des efforts considérables de conception des politiques et procédures internes adaptées au profil du risque de chaque entreprise.

Après avoir présenté les acceptions économique et juridique de la notion de risque, nous allons étudier les principaux risques bancaires, afin de dégager la notion et le périmètre du risque juridique bancaire, envisagée désormais uniquement dans l'approche issue de la théorie de *risk management*.

Chapitre II

Les risques de la banque

86. Qui dit banque, dit risque. Le risque est d'une certaine manière le pain quotidien de l'activité bancaire qui doit l'évaluer, sélectionner les opérations viables et rentables, prendre les garanties les plus sûres pour se couvrir contre le risque de non remboursement, contre le risque de change, le risque du pays, etc... C'est d'ailleurs là que réside tout l'art du banquier : s'exposer aux risques qu'il pourra maîtriser. La réaction du banquier n'est pas d'éviter les risques, mais plutôt de les prendre en compte dans son processus de décision. Les banquiers, comme la plupart des individus, n'aiment pas perdre. Ce qui signifie qu'ils aiment encore moins les mauvaises choses qu'ils aiment les bonnes choses qui peuvent leur arriver. Ce constat ne fait plus débat : les recherches économiques, en développant des modèles d'aversion au risque, ont montré que nous sommes plus malheureux lorsqu'on perd quelque chose qu'heureux de gagner cette même chose²²⁸. L'art du banquier consiste par conséquent à gérer ses risques et à veiller à ne pas prendre des risques inconsidérés. S'il perd le contrôle de ses nombreux risques, c'est la sécurité de déposants et autres créanciers qui se trouve affectée, tout comme *in fine* la réputation de la place financière et l'économie de l'Etat. C'est ce qui explique un contrôle étroit de la part des autorités de surveillances nationales et européennes sur l'activité bancaire et financière. Aux termes de l'article L. 511-41 du Code monétaire et financier, les établissements de crédit « *sont tenus de respecter des normes de gestion destinées à garantir leur liquidité et leur solvabilité à l'égard des déposants et, plus généralement, des tiers, ainsi que l'équilibre de leur structure financière. Ils doivent en particulier respecter des ratios de couverture et de division de risques* ».

Nous allons présenter les principaux risques des établissements bancaires (section I) et ensuite délimiter le périmètre du risque juridique bancaire, partie intégrante du risque opérationnel (section II).

²²⁸ G. N. MANKIW et M. P. TAYLOR, *Les principes de l'économie*, traduction de la 2^e édition anglaise par Elise Tosi, préf. de P. DEHEZ, 2^e éd. européenne, De Boeck, 2011, p. 742 et s. : « Supposez qu'un ami vous offre l'opportunité suivante. Il lance une pièce. Si elle tombe sur pile, il vous donne 1000 euros. Si elle tombe sur face, vous lui donnez 1000 euros. Accepterez-vous cet arrangement ? La réponse est négative, si vous êtes averse au risque, même si la probabilité de gagner ou de perdre est la même. Pour un individu averse au risque, la douleur liée à la perte de 1000 euros excède le bonheur de gagner 1000 euros. Les économistes ont développé des modèles d'aversion au risque utilisant le concept d'utilité, qui est la mesure subjective du bien-être ou de la satisfaction. Chaque niveau de richesse procure un certain niveau d'utilité, comme le montre la fonction d'utilité (...). Cependant, cette fonction présente la propriété de l'utilité marginale décroissante : plus un individu est riche, moins il retire d'utilité d'un euro supplémentaire. Ainsi sur la figure, la fonction d'utilité devient plus plate à mesure que la richesse s'accumule. Du fait de l'utilité marginale décroissante, l'utilité perdue, résultant de la perte des 1000 euros est plus importante que l'utilité gagnée, résultant du gain de 1000 euros. AU final, les individus sont averses au risque. L'aversion au risque est le point de départ pour expliquer de nombreuses choses que l'on observe dans l'économie (...) : l'assurance, la diversification et l'arbitrage entre le risque et le rendement. ».

Section 1 : Division des risques bancaires

87. Typologie des risques bancaires et problématique des fonds propres²²⁹. Aux cours des dernières décennies du XX^e siècle, nous sommes entrés dans une « *civilisation du risque* »²³⁰ ou de « *société du risque* »²³¹ et le risque a envahi toutes les disciplines et tous les métiers. C'est notamment le cas du domaine bancaire où la gestion des risques semble être devenue le thème autour duquel gravitent tous les métiers de la banque, voire l'existence même des établissements bancaires. La complexité des produits et opérations bancaires, tout comme leur diffusion à grande échelle, ont déterminé les banques à mettre en œuvre des méthodologies de suivi et de gestion des risques de marchés et de crédit de plus en plus sophistiquées. Dans ce contexte, la problématique des fonds propres des grands établissements bancaires à dimension internationale s'est avérée cruciale, car liée au besoin de mesurer et gérer les risques afin de renforcer la solidité et la stabilité du système bancaire international. L'activité du Comité de Bâle sur le contrôle bancaire, institué en 1975 par les gouverneurs des banques centrales des pays du Groupe des Dix et rassemblant les autorités de contrôle des banques, s'inscrit dans cette logique économique de la détermination des besoins des fonds propres des banques internationales en regard de leurs principaux risques. Si à l'époque de l'Accord de Bâle I (1988)²³², le risque de crédit était le seul risque reconnu par les autorités prudentielles bancaires, le risque de marché²³³ et le risque opérationnel²³⁴ vinrent s'y ajouter respectivement en 1993 et 2005.

88. Capital réglementaire et prise en compte des risques importants. L'idée centrale de Comité de Bâle - autour de laquelle toutes les règles d'évaluation et de calcul du capital

²²⁹ Voir notamment : J.-Ph. KOVAR et J. LASSERRE-CAPDEVILLE, *Droit de la régulation bancaire*, RB éd., 2012, n° 518 et ss.

²³⁰ L'expression a été employée par P. LAGADEC, *La civilisation du risque*, Le Seuil, 1981

²³¹ Voir U. BECK, *La société du risque*, *op. cit.*, p. 36; Pour Beck, qui dit modernisation de la société dit accroissement des risques inconnus. « Comment les risques et les menaces qui sont systématiquement produits au cours du processus de modernisation avancée peuvent-ils être supprimés, diminués, dramatisés, canalisés, [...], de sorte qu'ils ne gênent pas le processus de modernisation... »

²³² Le premier Accord de Bâle a été finalisé en 1988 et mis en application au 1^{er} janvier 1993. Il a été élaboré par une des instances de la Banque des Règlements Internationaux (BRI) ou en anglais Bank of International Settlements (BIS) dont le siège se trouve dans la ville Suisse de Bâle. Le cœur de « Bâle I » est le calcul d'un nouveau ratio de fonds propres réglementaires en fonction des actifs bancaires, pondérés par leur risque de contrepartie. « Le ratio Cooke », du nom du président du Comité de Bâle de l'époque, fixait les fonds propres réglementaires des banques à 8% minimum des actifs pondérés. La pondération du montant des engagements bancaires était fixée de 0% à 100% en fonction de la nature de la contrepartie crédit de la banque. Le Comité de Bâle ne disposant pas d'une autorité juridique sur ses pays membres ses recommandations ont été transposées dans l'Union Européenne sous forme de directives européennes, qui ensuite ont été intégrées dans les droits nationaux. Les pays concernés : La Belgique, le Canada, la France, l'Allemagne, l'Italie, le Japon, le Luxembourg, les Pays-Bas, l'Espagne, la Suède, la Suisse, le Royaume-Uni et les Etats-Unis. ; Au plan juridique, l'activité réglementaire du Comité de Bâle n'a pas de force exécutoire, ses recommandations et conclusions faisant partie de la « soft law », appellation qu'on donne de nos jours aux engagement non contraignants ; Voir en ce sens D. BLACHE, *La régulation des banques de l'Union Européenne face à la crise*, préf. de TH. FRANCO, éd. Revue Banque, 2009, p. 121.

²³³ Voir *infra* n° 94 -95.

²³⁴ Voir *infra* n°92, 93, 228, 238.

gravitent - est la suivante : tous les risques importants encourus par la banque doivent être pris en compte dans le cadre d'un processus d'évaluation des fonds propres. Les banques doivent disposer des fonds propres adéquats pour couvrir l'ensemble des risques liés à leurs activités. Même si le Comité admet que tous les risques ne peuvent pas être mesurés avec précision, un processus doit être élaboré pour les estimer, les surveiller et les gérer. Par conséquent, toutes les banques doivent examiner les risques de crédit, opérationnels, de marché et de liquidité, sans qu'il s'agisse d'une liste exhaustive.

§1. Le risque de crédit

89. Notion. Le risque de crédit est la forme la plus connue du risque sur les marchés de capitaux et probablement le principal risque pour une banque. Il résulte de l'incertitude quant à la possibilité ou la volonté des contreparties ou des clients de remplir leurs obligations. La littérature spécialisée le définit comme étant « *le risque de défaut de remboursement de l'emprunteur, mais c'est aussi le risque que la valeur d'un actif financier varie en raison d'événements particuliers affectant la solvabilité potentielle de l'emprunteur* »²³⁵. Cependant, pour comprendre la notion telle qu'elle est consacrée par le Comité de Bâle et par les directives européennes relatives au capital réglementaire, il convient de distinguer les pertes attendues des pertes inattendues. Les premières ne constituent pas un risque de crédit au sens de la réglementation bâloise et ne doivent pas être couvertes de fonds propres. Elles sont couvertes par la tarification du crédit qui est censée prendre en compte le montant à risque pour une opération donnée (*exposure at default*), la probabilité de faire défaut de la contrepartie (*default probability*) et la perte en cas de défaut (*loss given default*). Mais, « *l'incertitude autour de ces trois composantes peut générer des pertes non attendues* »²³⁶. C'est la raison pour laquelle seules les pertes inattendues, c'est-à-dire excédant les valeurs prévues, doivent être couvertes par les fonds propres²³⁷.

Le risque de crédit se manifeste sous trois formes : le risque de défaut de remboursement (risque de contrepartie, risque de faillite ou risque de crédit au sens propre), le risque de recouvrement en cas de défaut et le risque de variation de l'exposition à l'approche du défaut²³⁸. En d'autres termes, le risque de défaut de remboursement est le risque que l'emprunteur ne rembourse pas sa dette à l'échéance fixée²³⁹. L'évaluation du risque de crédit revient en premier lieu à la question de la solvabilité de l'emprunteur visé. Si l'emprunteur est une entreprise, cette solvabilité dépend à la fois des éléments purement internes à l'entreprise,

²³⁵ M. DIETSCH, J. PETEY, *Mesure et gestion du risque de crédit dans les institutions financières*, 2^{ème} édition, Revue Banque, 2008, p. 30.

²³⁶ Y. BOUDGHENE et E. DE KEULENEER, *op. cit.*, p. 153.

²³⁷ *Idem* pp. 150 -151.

²³⁸ M. DIETSCH, J. PETEY, *op. cit.*, p. 15.

²³⁹ S'il était à l'origine une préoccupation pour les seuls organismes bancaires, il concerne pourtant toutes les entreprises (notamment via les créances qu'elles accordent à leurs clients, qui sont des formes de prêt à court terme), et nombreuses sont aujourd'hui amenées à l'intégrer dans leur gestion afin de le minimiser.

mais aussi d'éléments contextuels externes comme la localisation géographique, la situation économique globale et les perspectives d'évolution sectorielle.

90. Evolution. Depuis les années 1980 le risque de crédit est devenu une préoccupation majeure pour le milieu financier. Au cours des trois dernières décennies, l'analyse de risque de crédit et son traitement ont considérablement évolué sous la pression des deux chocs pétroliers,²⁴⁰ de la dette des pays en voie de développement, de la montée des risques pays, la percée du transfert du risque de crédit, la déréglementation financière, la renforcement de la concurrence, la mondialisation des opérations financières et plus récemment la crise des « *subprimes* ». De plus, le niveau historiquement bas des taux d'intérêt et l'abondance de liquidités ont suscité une intense recherche de rendement. La baisse des taux d'intérêt a encouragé la prise de risque ainsi qu'un recours accru à l'endettement, les investisseurs souhaitant s'assurer des taux de rendement élevés. Dans ce contexte, le transfert du risque de crédit s'est développé afin de répartir le risque entre les investisseurs pour améliorer leur résistance financière en cas de chocs. C'est l'ingénierie financière qui a permis d'extraire le risque de crédit des bilans des banques et de le scinder en différentes parts et ensuite de les restructurer en produits de portefeuille. Ce processus est la base même des mécanismes de titrisation²⁴¹ dont le but déclaré est celui de diminuer l'impact du défaut d'un émetteur important sur ses créanciers. La titrisation fut vue comme le moyen miraculeux de faire ainsi que les pertes liées à ce défaut soient supportées par un grand nombre d'investisseurs.

Cependant, ces mécanismes de transfert du risque ont contribué à l'ampleur de la crise des « *subprimes* » car ils ont augmenté l'opacité dans la distribution des risques. La plupart des transactions se déroulant sur les marchés de gré-à-gré et n'étant pas recensées de manière centralisée ont favorisé l'apparition d'une zone d'opacité dans le système financier liée aux mécanismes de transfert de risque. Par conséquent, ni les acteurs financiers, ni les régulateurs ne pouvaient connaître l'identité des détenteurs ultimes du risque ce qui a représenté un grand facteur de risque de confiance dans la solvabilité des participants au marché. « *L'atomisation* »²⁴² des risques à laquelle a abouti le transfert des risques, s'est accompagnée « *d'une augmentation de l'effet de levier intégré aux instruments eux-mêmes* »²⁴³, ce qui a rendu difficile d'évaluer leurs effets à long terme. Il s'agit là d'un endettement « *caché* » qui n'apparaît pas dans les statistiques d'octroi de crédit. L'évaluation de l'ampleur et de

²⁴⁰ Le second choc pétrolier (1979-1982) a entraîné tout d'abord une crise des matières primes, et ensuite une crise bancaire, puis systémique qui a conduit le Mexique au défaut de paiement.

²⁴¹ Par "titrisation" il faut comprendre, au sens du règlement (UE) n ° 575/2013 du 26 juin 2013, précité, « une opération par laquelle, ou un dispositif par lequel, le risque de crédit associé à une exposition ou à un ensemble d'expositions est subdivisé en tranches, et qui présente les deux caractéristiques suivantes: a) les paiements effectués dans le cadre de l'opération ou du dispositif dépendent de la performance de l'exposition ou de l'ensemble d'expositions; b) la subordination des tranches détermine la répartition des pertes pendant la durée de l'opération ou du dispositif »

²⁴² J.-P. REDOUIN, *Le risque de crédit : même transféré, il ne disparaît pas*, Intervention de M. J.-P. REDOUIN, premier sous-gouverneur, Paris Europlace, Stockholm, 29 mars 2007, disponible sur internet à l'adresse : <http://www.banque-france.fr/fr/institut/telechar/discours/disc20070405.pdf> (page consultée le 5 septembre 2011).

²⁴³ *ibidem*.

l'incidence de cet effet de levier²⁴⁴ sur l'ensemble du système financier a été quasi impossible, mais avec des répercussions désastreuses sur la liquidité du marché, en vulnérabilisant les banques.

§2. Le risque opérationnel

91. Une évaluation nécessaire et cruciale. L'analyse d'un nombre d'événements désastreux pour le monde financier²⁴⁵ a mis en évidence les conséquences néfastes de l'enchaînement de circonstances qui relevaient plutôt de problèmes organisationnels ou technologiques que d'une mauvaise gestion du risque de crédit ou de marché. Le constat des pertes importantes liées à l'inadéquation ou à la défaillance des processus internes a conduit à ce que l'évaluation du risque opérationnel ne puisse plus être ignorée ou négligée. A la lumière de Bâle II, l'évaluation du risque opérationnel devient ainsi de plus en plus cruciale pour le rating d'une banque et sa gestion sera considérée comme un différenciateur potentiel et une source d'avantage concurrentiel²⁴⁶. A titre d'exemple, l'année 2008, en sus de la crise financière, a vu se produire deux incidents majeurs de risque opérationnel au coût similaire à un défaut de crédit : les fraudes dites Kerviel et Madoff. La fraude de Jérôme Kerviel à la Société Générale qui a touché le milieu bancaire français a englouti quasiment une année de bénéfice pour la banque²⁴⁷. Cette perte est due à l'inadéquation ou la défaillance de plusieurs processus internes qui ont créé les conditions propices d'une fraude interne de si grande envergure.

92. Notion. Le risque opérationnel a été défini pour la première fois par la Banque des règlements internationaux²⁴⁸ et, plus particulièrement, par le Comité de Bâle²⁴⁹ en juin 2004

²⁴⁴ Sur la notion de levier voir 100 Clés pour comprendre la nouvelle économie, L'Echo, Bruxelles, 2009, p. 60 : « le levier ou leverage indique à quel point une entreprise a dû s'endetter pour financer ses activités. On dit d'une entreprise qui a beaucoup plus de dettes que de capitaux qu'elle a un levier élevé. Un levier peut accroître la rentabilité d'une entreprise : si les investissements rapportent davantage que les intérêts sur les fonds empruntés, l'effet levier joue pleinement. Mais si un investissement ne donne pas les résultats escomptés, le levier accroît également les pertes. Dans ce cas, l'entreprise sera souvent contrainte de réduire son levier financier en accélérant le remboursement de ses dettes. ».

²⁴⁵ Ne serait-ce que la panne informatique de Bank of New York – hypothèse d'école de risque opérationnel – en 1985.

²⁴⁶ La mauvaise application des procédures de contrôle opérationnel aurait engendré dans l'industrie bancaire des coûts supplémentaires de 10 milliards de dollars ; source : J.-C. BORIES, J.-E. PALARD, « Les banques sont-elles vouées à devenir des organisations à haute fiabilité ? », *Banque* n° 740, octobre 2011, p. 64 ; BCBS, QIS2, janv. 2010, www.orx.org

²⁴⁷ Ce n'est pas le seul cas de fraude interne de si grande envergure. A titre d'exemple nous pouvons citer l'exemple classique en matière de risque opérationnel majeur : la faillite de la banque britannique Barings suite à la perte de près d'un milliard d'euro entraîné par un employé qui a spéculé sur l'indice Nikkey des sommes très importantes. L'analyse causale de l'incident a démontré qu'une telle fraude a été possible à cause de la défaillance des systèmes de contrôles et d'un chevauchement des tâches : l'employé était à la fois responsable du back-office et du trading ; Sur « l'affaire Kerviel », Voir O. DUFOUR, *Kerviel : enquête sur un séisme financier*, éd. Eyrolles, 2012 ; Sur le partage de responsabilité entre la banque et son trader, Voir Cass crim. 19 mars 2014, n° 12-87416, D. 2014, 716, obs. T. COUSTET.

²⁴⁸ En anglais : Bank for International Settlements (BIS).

²⁴⁹ En anglais : Basel Committee on Banking Supervision (BCBS).

comme « *le risque de perte résultant de carences ou de défauts attribuables à des procédures, personnels et systèmes internes ou à des événements extérieurs. La définition inclut le risque juridique, mais exclut les risques stratégiques et de réputation* »²⁵⁰. Après les modifications successives des Accords de Bâle, le droit européen a adopté en 2013 une définition similaire : « *le risque de pertes découlant d'une inadéquation ou d'une défaillance des processus, du personnel et des systèmes internes ou d'événements extérieurs, y compris le risque juridique* »²⁵¹.

D'autres définitions sont encore possibles : par défaut, on peut considérer que les risques opérationnels seraient tous les risques, autres que ceux de crédit, de marché et financiers, « *de nature à interrompre ou compromettre le bon fonctionnement de l'entreprise, à remettre en cause l'atteinte de ses objectifs, ou à entraîner des dommages susceptibles d'affecter sa rentabilité ou son image* »²⁵².

93. Le risque juridique – composante du risque opérationnel. Il convient d'observer que le risque juridique est inclus par le régulateur dans la large catégorie des risques opérationnels. Son champ d'action est très vaste, car tous les processus internes sont inondés par le droit.

§3. Le risque de marché et le risque de liquidité

94. La consécration du risque de marché. Un exemple révélateur d'influence réciproque entre le législateur européen et le régulateur international est la consécration du risque de marché. Les Accords de Bâle I, tels qu'édicés en 1988, concernaient uniquement les exigences en fonds propres liées au risque de crédit auquel sont exposées les banques. Malgré le fait que le risque de marché peut être considérable, sa couverture n'y était pas prévue. C'est en 1993 qu'il sera pris en compte pour la première fois dans le calcul du capital réglementaire à l'initiative du législateur européen²⁵³. Le Comité de Bâle a suivi la démarche bruxelloise en publiant un amendement visant à intégrer le risque de marché dans le capital réglementaire des établissements bancaires, ainsi que des recommandations prudentielles²⁵⁴.

²⁵⁰ BIS, The New Basle Capital Accord, June 2004 ; "Operational risk is defined as the risk of loss resulting from inadequate or failed internal processes, people and systems or from external events. This definition includes legal risk, but excludes strategic and reputational risk."

²⁵¹ Art. 4 paragraphe 1 point 52) du règlement (UE) n° 575/2013 du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 concernant les exigences prudentielles applicables aux établissements de crédit et aux entreprises d'investissement et modifiant le règlement (UE) n° 648/2012 ; Avant l'entrée en vigueur du règlement UE n° 575/2013 le risque opérationnel était défini par le législateur européen comme « risque de pertes directes ou indirectes résultant d'une inadéquation ou d'une défaillance attribuable aux procédures, au facteur humain et aux systèmes, ou à des causes externes. » ;

²⁵² CH. JIMENEZ, P. MERLIER, *op. cit.*, p. 18.

²⁵³ Directive 93/6/CEE du 15 mars 1993 relative à l'adéquation des fonds propres des établissements de crédit et à celle des entreprises d'investissement.

²⁵⁴ Au niveau européen, Voir art. 325 à 377 du règlement (UE) n° 575/2013, dit « CRR », précité, et art. 83 de la directive 2013/36/UE, dite « CRD IV », précitée. En France, relatif à la surveillance prudentielle des risques de marché, voir Règlement CRBF n° 95-02 du 21 juillet 1995 modifié relatif à la surveillance prudentielle des

95. Définition du risque de marché. Le risque de marché est « *le risque de perte qui peut résulter des variations de prix de marché d'instruments financiers composant le portefeuille de négociation de la banque (« trading book »). Les sources de risques peuvent être diverses, comme des variations du cours des actions, des taux d'intérêts, des taux de change, etc.* »²⁵⁵. Ainsi, l'on peut maintenant affirmer que lorsque la valeur d'un actif détenu par une banque varie en raison de l'évolution des prix sur les marchés financiers, elle est confrontée à un risque de marché. Celui-ci vise l'ensemble des instruments financiers et produits de base détenus en vue de leur revente et/ou prises par la banque avec l'intention de profiter à court terme de écarts réels et/ou escomptés entre le prix d'achat et de vente. Le champ d'application de ce risque est très large, car il comprend en égale mesure les positions en instruments financiers prises par l'établissement de crédit pour son propre compte et les positions prises en tant qu'intermédiaire pour le compte de ses clients (*brokerage*) et les positions générées par une activité de teneur de marché (*market making*) sur les marchés boursiers.

96. Ressemblances et différences entre le risque de marché et le risque de liquidité. Si l'on part de l'hypothèse que la banque peut acheter et vendre tout type d'instruments financier²⁵⁶, c'est-à-dire des instruments financiers primaires (ou au comptant) et des instruments dérivés, le risque de liquidité est simplement une forme de risque de marché. Dans cette perspective, le risque du marché et le risque de liquidité dépendent tous deux de la volatilité des prix. Cependant, le risque de liquidité se distingue le plus souvent du risque de marché et la rareté de la liquidité peut s'avérer fatale lorsque le manque de confiance gagne les investisseurs. Le 25 septembre 2008, les épargnants, apeurés par la chute de Lehman Brothers, se sont précipités retirer leurs avoirs causant ainsi la faillite de la Washington Mutual, première banque d'épargne américaine. Les retraits représentaient plus de 16 milliards de dollars de dépôts, une somme qui a asséché totalement la liquidité de la banque américaine, obligée de fermer ses portes²⁵⁷.

97. La notion de « liquidité ». La liquidité d'une banque et de toute entreprise par ailleurs se définit comme étant la capacité à rembourser ses dettes exigibles à court terme. *Stricto sensu*, la liquidité est l'argent que la banque a en caisse. *Lato sensu*, la notion renvoie aussi à la facilité de négoce d'une action ou d'un fonds. Un actif est liquide lorsqu'il peut être vendu facilement. Avant la crise des dettes souveraines, toute obligation souveraine des Etats de la zone euro était considérée parfaitement liquide (« les pays ne font pas faillite »). Avec la crise, les banques, même si elles ont dans leurs portefeuilles des titres de créances étatiques,

risques de marché. En Belgique, la Commission bancaire, financière et des assurances a introduit pour la première fois des exigences relatives au risque de marché dans son arrêté de décembre 1995 ; Voir également art. 143 du projet de loi relative au statut et au contrôle des établissements de crédit, précité, Voir *infra* n° 4.

²⁵⁵ Y. BOUDGHENE et E. DE KEULENEER, *op. cit.*, p. 202.

²⁵⁶ On entend par instrument financier « tout contrat créant un actif financier pour une partie et un passif financier ou un instrument de capital pour une autre partie ». C'est la définition donnée par le Comité de Bâle sur le contrôle bancaire, Convergence internationale de la mesure et des normes de fonds propres, juin 2004, *op. cit.*, consultable sur www.bis.org.

²⁵⁷ Voir « La banque Washington Mutual en faillite » in *Le Monde* du 26 septembre 2008, disponible sur le site internet du journal : http://www.lemonde.fr/economie/article/2008/09/26/washington-mutual-en-faillite_1099801_3234.html (page consultée le 10 avril 2013).

ne peuvent pas les vendre facilement, car cela provoquerait d'importantes moins-values. Pour les banques, la liquidité est devenue un facteur de mesure de degré de confiance accordée par leurs clients et leurs partenaires, d'où le besoin de renforcer le capital, en cas de craintes d'un manque de liquidité afin d'éviter que les épargnants retirent toutes leurs économies.

98. Les leçons de la crise. La crise financière de 2008 qui a débouché sur la crise des dettes souveraines place aujourd'hui la liquidité au cœur des préoccupations des banques. La crise a engendré un changement de doctrine : avant la crise, on pensait que toute banque solvable aurait accès à la liquidité ; avec la crise, qui dit solvabilité, ne dit plus accès à la liquidité. En effet, à l'instar de la Northern Rock assiégée par les clients retirant leurs avoirs au blocage du marché interbancaire, la crise a rappelé aux établissements financiers que la liquidité est une ressource rare et chère. Ce risque est particulièrement dangereux car mortel à très court terme.²⁵⁸

99. Réglementation internationale et européenne du risque de liquidité. En décembre 2010, poussé par les effets de la crise économique²⁵⁹, le Comité de Bâle a introduit deux nouveaux ratios pour encadrer la gestion de la liquidité par les banques : un ratio de liquidité à un mois (*Liquidity Coverage Ratio* ou LCR) pour que les banques fassent face à des sorties de liquidité massive pendant un mois ; et un ratio de liquidité à un an (*Net Stable Funding Ratio* ou NSFR)²⁶⁰. Malgré les critiques relatives aux calculs des nouveaux ratios de la part des établissements de crédits français, les Accords de Bâle III ont été fidèlement transposés en droit européen, par le biais de la directive "CRD IV" et le règlement "CRR"²⁶¹.

Après avoir présenté les principaux risques auxquels sont confrontés les établissements de crédit, nous pouvons maintenant nous attacher à définir, délimiter et à mettre en exergue les caractéristiques particulières du risque juridique bancaire, pour ensuite le distinguer du risque de non-conformité.

²⁵⁸ S. LÉBOUCHER, « Liquidité : les grandes manœuvres », *Banque*, n° 737, juin 2011, p. 23

²⁵⁹ Voir A. BRUYNEEL, « Crise, marchés, entreprises financières : le retour de la réglementation ? ; De 2008 à 2010 : illusions ou changements ? », *EURELIA*, Bruylant, N°1, avril 2011, p. 69 « Cela permet d'emblée de mieux comprendre pourquoi rien d'essentiel n'a été décidée au niveau mondial en matière de régulation financière, aux deux exception du Conseil de stabilité financière et des travaux de Bâle III ».

²⁶⁰ Sans remettre en cause leur raison d'être, les banques françaises, soutenues par la Banque de France, ont critiqué ouvertement le calcul des deux ratios du régulateur bâlois. Si les professionnels bancaires sont tous d'accord que la liquidité doit être réglementée, ils s'opposent sur la manière de le faire : voir en ce sens S. LÉBOUCHER, « Dossier spécial : Liquidité. Les grandes manœuvres », *Banque*, n° 737, juin 2011 ; *Basel III International Framework for Liquidity Risk measurement, Standards and Monitoring*, Basel Committee on Banking Supervision, December, 2010, www.bis.org/publ/bcbs188.pdf; Results of the comprehensive quantitative impact study Comité de Bâle, décembre 2010 www.bis.org/publ/bcbs186.pdf ; CEBS (www.eba.europa.eu/cebs/media/publications); « Dossier Bâle III : l'équation d'après-crise », *Banque*, n°730-731, décembre 2010; S. GRILLET-BROSSIER, « Comptabilité. Bâle III : les premières mesures d'impact et plans d'action dans les directions comptables des banques », *Banque*, n° 735, avril 2011, p. 81-83.

²⁶¹ Le règlement « CRR » précité et la directive « CRD IV » précitée sont entrés en vigueur respectivement le 28 juin 2013 et le 17 juillet 2013. La directive devait être transposée dans la législation nationale des Etats membres concernés avant le 31 décembre 2013, le règlement étant, en revanche, d'application depuis le 1^{er} janvier 2014.

Section 2 : Le risque juridique bancaire- composante du risque bancaire opérationnel

Cette section traitera successivement des enjeux, de la définition et des caractéristiques du risque juridique bancaire.

§1. Les enjeux du risque juridique bancaire

100. Le risque juridique représente un risque important pour les établissements de crédit. Pour se rendre compte de l'importance du risque juridique au sein d'une banque, songeons un instant aux opérations de banque : réception de fonds, crédits, moyens de paiements, titres... En pratique, toutes les transactions bancaires sont couvertes par un contrat qui comporte bien évidemment un certain degré de risque juridique. La banque opère également avec des créances de sommes d'argent, des actions et obligations, et autres titres..., en bref, avec des actifs incorporels, transmissibles et qui correspondent à des valeurs économiques appréciables en argent. La performance des banques dépend en effet de la force créatrice du droit²⁶². Cette réalité laisse à dire à un auteur anglo-saxon que, « *pour une banque, par conséquent, le risque juridique, lorsqu'il menace la validité ou le statut juridique des biens qu'elle détient ou lorsqu'il expose la banque à des pertes importantes, est en quelque sorte comme le risque technologique pour un constructeur d'avions, le risque de la maintenance pour un opérateur ferroviaire ou le risque d'incendie et de tremblement de terre pour un propriétaire de biens immobiliers de valeur* »²⁶³.

101. Le risque juridique est couvert par les fonds propres d'une banque. D'où la place que le régulateur international des établissements de crédit – le Comité de Bâle - lui a explicitement reconnu, en l'incluant dans le risque opérationnel. A ce titre, le risque juridique doit être identifié, évalué, quantifié et ensuite pris en compte en tant que partie intégrante du risque opérationnel dans le calcul de capital de la banque. Le montant *a minima* des fonds propres d'une banque doit tenir compte de la couverture de ses principaux risques, soit : le

²⁶² Seules les créances de sommes d'argent se trouvent dans le commerce juridique ; voir en ce sens J. GHESTIN, M. BILLIAU, G. LOISEAU, *Traité de droit civil. Le régime des créances et des dettes*, LGDJ, 2005, n° 9, p. 11.

²⁶³ R. MC CORMICK, *op. cit.*, p. 13 et s.: "For a bank, therefore, legal risk, when it threatens the legal validity or nature of an intangible asset owned by it or exposes the bank to large claims, is somewhat akin to, say, engineering risk for an aircraft manufacturer, maintenance risk for a railway operator, or fire and earthquake risk for an owner of valuable real estate. In the worst case, the bank may lose a great deal of money, its reputation, and possibly, the ability to continue in business to lose key mandates and relationships and, at the worst, may cause a swift disintegration of the business itself. Further a major loss for a bank, if it threatens the bank's financial survival, frequently causes reverberations around society as a whole. It is indicative of the importance of legal risk that in the "War Game" exercise carried out by the UK regulatory authorities in 2004, to simulate risks to the financial system, the trigger event in the exercise was an imaginary unfavourable decision of the European Court of Justice : a classic example of legal risk. The simulation assumed that the ruling of the court created a behind the scenes run on banks that were heavily exposed to the property sector according to Financial Times report."

risque de crédit, opérationnel, de marché et de liquidité. L'importance de la détermination des besoins en fonds propres est telle que les banques ont investi dans des modèles internes de modélisation des risques, c'est-à-dire dans des méthodes de calcul du capital. Les fonds propres représentent une question primordiale dans la mesure où ils permettent la stabilité de la banque. Les fonds propres ont essentiellement trois fonctions : financer les investissements, couvrir les pertes prévues ou imprévues et assurer la confiance des déposants ou des autres bailleurs de fonds. A ces trois fonctions principales s'ajoutent également deux fonctions sur le plan macroéconomique, révélées notamment par le Comité de Bâle : éviter le risque systémique et atténuer les inégalités concurrentielles existant entre les banques internationales.²⁶⁴

En effet, un établissement de crédit doit avoir des fonds propres suffisants tout d'abord pour faire face aux risques qu'il encourt, qu'ils soient courants ou exceptionnels, et ensuite pour être en mesure de réaliser des opérations de croissance non programmées, pour profiter d'opportunités de marchés ou pour conforter la confiance du marché et des clients. Le grand défi qui se pose aux banquiers est de trouver la juste mesure dans le calcul des besoins en fonds propres, en évitant à la fois l'insuffisance et l'excès. A première vue, plus le capital est important, plus la situation de la banque est confortable. Cependant, la réalité est plus complexe. En effet, les fonds propres représentent de l'argent immobilisé et s'ils sont surdimensionnés, c'est que le capital n'est pas utilisé de façon optimale. Dans ces conditions, la gestion des principaux risques définis par le régulateur est une préoccupation centrale, sinon existentielle, dans la gestion bancaire. D'où l'essor de la gestion du risque juridique bancaire qui contribue à améliorer les processus internes, à diminuer les pertes de la banque et optimiser l'utilisation du capital réglementaire et économique alloué au titre du risque opérationnel. La meilleure gestion du risque juridique vise à la sûreté de la banque tout en ayant un impact financier, en permettant la réallocation du capital aux investissements appropriés.

²⁶⁴ BRI, Comité de Bâle, 1988 ; voir également A. AIT BIHI, *Le niveau des fonds propres entre la théorie financière et la réglementation prudentielle : une revue de la littérature*, Institut de Recherche en Gestion des Organisations (IRGO), Groupe Banque de l'équipe de recherche « Entreprises familiales et financières », Université Montesquieu, Bordeaux IV, disponible également sur internet <http://affi2007.u-bordeaux4.fr/Actes/141.pdf> (page consultée le 10 octobre 2011).

§2. Définition et caractéristiques du risque juridique bancaire

102. La prise en compte des spécificités de l'activité bancaire. Transposée au domaine bancaire, la notion de risque juridique semble imposer une autre approche, un peu plus étroite que celle de risque juridique d'entreprise. Cette réalité est liée aux spécificités de l'activité bancaire et aux exigences en matière de surveillance prudentielle, et notamment à la réglementation en matière de fonds propres.

Tout d'abord, le banquier n'est pas un commerçant comme les autres : il utilise comme matière première l'argent, il reçoit des fonds du public et accord des crédits, en étant ainsi un acteur économique indispensable d'une part pour le financement des particuliers, des entreprises, des administrations et d'autre part pour la création de la monnaie scripturale. La banque joue un rôle central à tous les niveaux de l'économie: que ça soit au niveau macroéconomique ou microéconomique l'activité bancaire intéresse l'Etat (Etat emprunteur, Etat garant de l'ordre public, Etat protecteur d'une économie du libre marché, Etat protecteur de la libre et saine concurrence, Etat protecteur des consommateurs, ...). Ce sont notamment ces particularités du métier de la banque qui justifient une réglementation particulière, ayant ses sources tant au niveau national qu'européen et international.

Ensuite, la gouvernance et la surveillance prudentielle renforcent la qualité de la gestion des risques des institutions financières. C'est la raison pour laquelle ces aspects font l'objet d'une réglementation stricte. On se bornera à indiquer qu'aux termes de l'article L. 511-64 du Code monétaire et financier, les banques doivent se doter d'une fonction de *risk management* indépendante des fonctions opérationnelles. De surcroît, l'ordonnance n° 2014-158 du 20 février 2014 qui achève la transposition en droit français de la directive européenne « CRD IV » introduit en droit français l'exigence de la mise en place d'un comité des risques²⁶⁵. En application du nouvel article L511-93 du Code monétaire et financier, ledit comité est censé, d'une part, conseiller l'organe légal d'administration en matière de stratégie globale des risques et, d'autre part, examiner si les prix des produits et services commercialisés sont compatibles avec la stratégie en matière de risques de la banque.

103. Les particularités du risque juridique bancaire. Le risque juridique bancaire présente plusieurs spécificités : lié aux activités opérationnelles, tant techniques que de support, il fait partie du risque opérationnel et compte dans le calcul des fonds propres d'une banque, sa gestion étant donc un élément à part entière du système de contrôle interne à mettre en place par les établissements de crédit (A) ; sa définition et son périmètre d'action dépendent de la stratégie adoptée par le *risk management* de la banque (B) ; il est multidimensionnel et fait partie de la catégorie des risques non ou difficilement mesurables, tels que le risque de conformité, d'erreurs et de fraude, le risque de réputation (C) et, enfin, le risque juridique se distingue du risque de conformité (D).

²⁶⁵ Voir les nouveaux art. L. 511-89 du Code monétaire et financier et L. 511-92 à L. 511-95 du même code, modifiés par l'ordonnance n°2014-158 du 20 févr. 2014, précitée.

A. Le risque juridique bancaire est un risque opérationnel

104. La définition du régulateur international. Le Comité de Bâle précise que le risque juridique est une composante du risque opérationnel. Selon le régulateur international «*le risque juridique inclut, entre autres, l'exposition à des amendes, pénalités et dommages pour faute résultant de l'exercice de surveillance prudentielle ainsi que de transactions privées.*»²⁶⁶ En revanche, le législateur européen²⁶⁷ a repris uniquement la mention concernant l'inclusion du risque juridique dans le risque opérationnel bancaire.

105. La définition du régulateur national²⁶⁸. Le Comité de réglementation bancaire et financière fournit dans le règlement n° 97-02 du 21 février 1997 relatif au contrôle interne des établissements de crédit et des entreprises d'investissement²⁶⁹ trois définitions distinctes pour le risque opérationnel, le risque juridique et le risque de *compliance* (de non-conformité). Par risque juridique on entend «*le risque de tout litige avec une contrepartie, résultant de toute imprécision, lacune ou insuffisance susceptible d'être imputable à l'entreprise au titre de ses opérations* »²⁷⁰.

106. Risque opérationnel de nature juridique. Selon l'Accord de Bâle II, la définition de risque opérationnel inclut le risque juridique, ce qui nous invite de parler plutôt de risque

²⁶⁶ BRI, Comité de Bâle sur le contrôle bancaire, *Convergence internationale de la mesure et des normes de fonds propres*, p. 121.

²⁶⁷ Art. 4, paragraphe 1, point 52) du règlement (UE) no 575/2013 du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013, précité; Pour la législation antérieure, voir art. 4 de la directive 2006/48/CE du Parlement européen et du Conseil du 14 juin 2006 concernant l'accès à l'activité des établissements de crédit et son exercice

²⁶⁸ Th. BONNEAU, *Régulation bancaire et financière européenne et internationale*, Buylant, 2012, n° 9, souligne le fait que l'ACPR n'a pas de pouvoir réglementaire car celui-ci appartient au ministre de l'Economie.

Cependant ACPR « peut toutefois formuler des recommandations définissant des règles de bonne pratique professionnelle en matière de commercialisation et de protection de la clientèle. Par ce biais, l'ACP influe sur la mise en œuvre de la réglementation et contribue à la soft law. »

²⁶⁹ Règlement CRBF n° 97-02 du 21 février 1997 relatif au contrôle interne des établissements de crédit et des entreprises d'investissement, disponible sur le site internet de Banque de France http://www.banque-france.fr/cclrf/fr/pdf/CRBF97_02.pdf (page consultée le 15 oct 2013).

Le Comité de la réglementation bancaire et financière (CRBF) a été remplacé par le Comité Consultatif de la Législation et de la Réglementation Financières (CCLRF). Le CCLRF est chargé de donner un avis sur tous les projets de textes normatifs à portée générale dans le domaine bancaire, financier et des assurances (loi, ordonnance, décret, arrêté, ainsi que règlement européen et directive européenne), sur saisine du ministre chargé de l'économie à l'exception des textes portant sur l'Autorité des marchés financiers ou entrant dans les compétences de celle-ci. Le Comité consultatif de la législation et de la réglementation financière dispose d'une compétence doublement élargie : au domaine des établissements de crédit et des prestataires de services d'investissement s'ajoute celui de l'assurance ; outre les arrêtés du ministre chargé de l'économie, son champ d'intervention inclut l'ensemble des règlements, des projets de lois et de textes communautaires. En matière d'avis sur les projets de décrets et d'arrêtés, autres que les mesures individuelles, le ministre doit demander une nouvelle délibération s'il ne souhaite pas suivre un avis défavorable du CCLRF. La continuité de l'application des textes actuellement en vigueur est assurée par l'art. 47 de la loi de sécurité financière qui prévoit le maintien en vigueur des règlements du CRBF. Les règlements du CRBF pourront être modifiés ou abrogés par arrêté du ministre chargé de l'économie.

²⁷⁰ Art. 4 (K) du règlement CRBF n° 97-02 précité.

opérationnel de nature juridique et non pas simplement de risque juridique. Cependant, nous allons privilégier l'expression « risque juridique bancaire », considérant que cette terminologie ne peut pas être en principe porteuse de confusion.

B. Le risque juridique bancaire est à géométrie variable

107. Critères d'indentification. La définition et le périmètre du risque juridique dépendent du choix retenu par le département de la gestion des risques dans l'identification des risques opérationnels. Ainsi, signalons qu'il y a plusieurs possibilités d'identification:

- Identification par la classe ou l'objet des risques : risques d'image, risque social ou managérial, risque santé, sécurité, environnement, financier, opérationnel, etc.
- Identification par les causes : risques naturels, humains, techniques, économiques, géographiques, internes ou externes à l'entreprise
- Identification par les effets (conséquences) : risques de pertes d'exploitation, risques d'atteintes aux personnes, risques de dommages (directs/indirects) aux biens, risques de pertes d'information, risques de responsabilité civile, pénale, disciplinaire, risque d'image
- Identification par le « propriétaire du risque » ou activité concernée : risque commercial, risque de logistique, risque ressources humaines, risques juridiques, risques conformité, risques financements des particuliers, etc.
- Identification des ressources affectées : humaines, techniques, patrimoniales, informationnelle, financière, éthiques, naturelles, etc.²⁷¹

Par conséquent, l'axe d'identification des risques opérationnels retenue par la direction des risques déterminera implicitement la définition du risque juridique bancaire.

1. Identification par « propriétaire du risque » ou activité concernée

108. Un raisonnement orienté vers les métiers et les fonctions d'une banque. Cette acception présente de l'intérêt lorsque l'établissement a pris le parti d'une cartographie des risques fondée sur une approche métiers/fonctions. Elle permet d'avoir une image d'ensemble sur les risques de chaque métier et fonction support.

Dans cette approche, un incident de risque opérationnel est de nature juridique dans l'hypothèse d'un processus juridique inadéquat ou défaillant. Ainsi, le risque juridique concernerait uniquement les défaillances de la fonction juridique en tant que fonction support. Ce serait notamment le cas du non-respect des obligations juridiques en matière de voie d'exécution (défaut de réponse, etc.), soit une veille législative et jurisprudentielle défaillante,

²⁷¹ C. VERET, R. MEKOUAR, *Fonction : Risk manager, op. cit.*, pp. 126-130.

soit le non acheminement des actes introductifs d'instance ou des actes extra-judiciaires (assignation, déclaration d'appel, etc.) ou même la négligence en matière des délais d'appel alors qu'il y avait une chance certaine d'infirmité en cause d'appel, des retards de mise à jour des contrats en fonction de la nouvelle réglementation

Dans cette optique, le risque juridique correspond à l'ensemble des facteurs susceptibles d'altérer les objectifs de sécurité et de performance attribués à la fonction juridique d'une banque.

109. Formes. Il peut prendre la forme d'un risque : légal ou réglementaire (non-respect de la loi et/ou des règlements professionnels), contractuel (insuffisante capacité de la banque à défendre ses intérêts dans les contrats qu'elle négocie) ou procédural (en matière de voies d'exécution, d'actes introductifs d'instance ou d'actes extra-judiciaires, etc.).

110. Une approche restrictive. Cette acception étroite, tenant compte du caractère diffus du risque juridique, nous conduit à nous interroger sur la qualification que l'on donne aux effets juridiques d'un incident opérationnel.

Nous pensons notamment à l'hypothèse de frais judiciaires très élevés et qui, incontestablement, se traduisent dans une perte pour la banque. Seront-ils considérés comme un risque juridique à part entière ou seront-ils pris en compte uniquement comme facteur de quantification d'autres risques opérationnels ?

C'est dans ce genre d'hypothèses que l'on s'aperçoit de la difficulté pratique de l'analyse du risque. Le caractère opérationnel d'un risque reste un exercice à géométrie variable qui dépend de l'angle d'analyse retenu. Ainsi, il est toujours possible de se dire qu'un incident étranger aux processus juridiques, même s'il entraîne des effets juridiques, sous forme des frais judiciaires importants, reste en dehors de la sphère du risque juridique. Cependant, la solution opposée s'avère également logique : bien que l'incident en soi soit étranger aux processus juridiques, dès lors qu'il implique des frais judiciaires importants (le seuil devant être établi par le libre arbitre de chaque établissement) il devrait être considéré comme un risque juridique. Cela tient à plusieurs raisons. L'analyse de risque nous enseigne que le risque est un objet complexe dont la réalisation dépend d'abord de la survenance d'autres événements et que par voie de conséquence la réalisation de risque est une réaction en chaîne. L'analyse d'un risque suppose l'analyse d'une chaîne d'événements, liés les uns aux autres pour aboutir à une conséquence finale, qui sera quantifiée, si possible, en bout de chaîne. C'est pour cette raison que les analystes de risque vont analyser un risque à de multiples niveaux et d'une manière segmentée.

2. *Identification par les conséquences*

111. Une approche orientée vers les effets. Si, en revanche, l'on adopte un raisonnement axé sur les conséquences, on élargit le périmètre du risque juridique aux incidents qui trouvent leurs causes dans des processus internes, autres que le processus juridique *stricto sensu*. Nous nous référons ainsi aux incidents générés par les métiers et/ou les autres fonctions de support de la banque.

A titre d'exemple, on envisage l'hypothèse d'un litige dont les causes se situent au niveau de la création ou de la commercialisation du produit, mais qui produit des effets juridiques soit sous la forme des frais de justice très importants soit sous la forme de l'engagement de responsabilité, accompagné des sanctions légales.

Dans cette approche, le risque juridique se présente comme étant le risque de perte résultant de la défaillance de tout processus interne ayant des conséquences juridiques (frais de justice, dommages et intérêts, restitution totale ou partielle des sommes investies, déchéance aux droits aux intérêts, amendes et autres sanctions pénales, ...).

112. Une approche complexe. Il serait intéressant de donner un exemple de l'activité bancaire courante. Ainsi, aux termes de Bâle II, les erreurs d'exécution des processus internes représentent des risques opérationnels. Par exemple, une défaillance du système d'autorisation est la cause d'un incident de risque opérationnel, telle l'impossibilité du commerçant d'opérer des transactions par carte. Les conséquences en termes financiers pour la banque seront : la perte de la commission commerçant, des coûts de back office, coût lié au traitement de la réclamation et éventuellement la rupture de la relation commerciale, voire la perte de mouvements. Si à cela s'ajoute le fait que le commerçant assigne la banque et que s'ensuivent des frais judiciaires importants (dépassant par exemple 10 000 Euros) il est légitime de s'interroger sur la classification de cet incident. S'agit-il d'un risque opérationnel pour le responsable de la filière monétique ou d'un risque juridique par effet ? Cette question nous invite à présenter l'identification par les causes, qui pourrait être utilisée concomitamment avec celle qui vise les effets.

3. *Identification par les causes*

113. Une approche claire. Lorsque la cause d'un incident opérationnel est uniquement juridique ou plus juridique que d'une autre nature, nous pouvons parler des risques opérationnels juridiques par nature et non pas par effet. C'est notamment le cas d'un défaut de diligence dans le traitement d'une réquisition judiciaire, d'une absence ou défaillance de la veille juridique, de l'illicéité de la chaîne de délégation, du non-respect des obligations en matière de voie civile d'exécution (indisponibilité, défaut de réponse, réponse incomplète, inexacte, mensongère...), la mise en cause de clauses contractuelle par un client en raison de leur caractère abusif reconnu comme tel par les juges, ou mise en avant par les tribunaux de

clauses « non-écrites » s'appliquant de fait aux contractants signés entre les parties, au détriment de la banque, des incidents liés à un possible revirement jurisprudentiel ou à des possibles class-action (actions collectives), etc.

Dans l'exemple précédant d'un risque opérationnel dont la cause n'est pas juridique, mais qui entraîne des effets juridiques, on considérera que les frais judiciaires dépassant les 10 000 euros représentent les dommages collatéraux ou les coûts additionnels d'un risque opérationnel « métier », puisque la cause de l'incident se trouve dans le processus spécifique du métier monétaire.

4. Identification par l'adoption d'une approche mixte

114. L'approche mixte dans la littérature spécialisée. Dans la doctrine²⁷², plusieurs typologies des risques juridiques ont été proposées. Pour Hervé Bidaud, Patrick Bignon et Jean-Paul Cailloux, les risques se distinguent selon :

- leurs conséquences (risque pénal, risque indemnitaire, risque d'activité - lorsque l'activité même de l'entreprise est en jeu, en raison, par exemple, de la possibilité de voir un de ses produits interdit -, risque de procédure judiciaire et risque de non optimisation juridique),
- leur source (risques externes résultant des contraintes réglementaires encadrant une activité et risques internes résultant du comportement intrinsèque d'une entreprise),
- leur gravité et leurs causes (suivant que ces dernières sont immédiates - par exemple, un accident ou une erreur de droit - ou profondes - par exemple, un mauvais fonctionnement du service juridique)²⁷³

A ce propos, il est utile d'évoquer l'approche du professeur Christophe Collard qui conçoit le risque juridique comme étant « *la rencontre entre une norme juridique et un événement dans un contexte d'incertitude* »²⁷⁴ qui « *va engendrer des conséquences susceptibles d'affecter la valeur de l'entreprise et/ou remettre en cause ses objectifs.* »²⁷⁵. Cette définition très large permet en effet une identification des risques juridiques par leur origine et leurs effets.

115. Incertitude de la survenance. Il ne faut pas oublier que ces risques peuvent être des incidents avérés ou tout simplement potentiels, car la gestion des risques vise à identifier les zones de risques, et pas uniquement à rédiger un historique des incidents. Par conséquent, il

²⁷² Nous pouvons nous reporter notamment aux ouvrages de Franck Verdun qui font notamment la synthèse des différentes conceptions possibles en matière de risque juridique : F. VERDUN, *La gestion des risques juridiques*, op. cit., ; F. VERDUN, *Le management stratégique des risques juridiques*, op. cit., spéc. pp. 134-144.

²⁷³ Voir H. BIDAUD, P. BIGNON, J.-P. CAILLOUX, *La fonction juridique et l'entreprise*, Eska, 1995.

²⁷⁴ Ch. COLLARD et Ch. ROQUILLY, *La performance juridique : pour une vision stratégique du droit de l'entreprise*, LGDJ, 2010, spéc. pp. 105-130 ; Voir également, Ch. Collard, C. DELHAYE, H.-B. LOOSDREGT et al., op. cit., p. 42 et ss.

²⁷⁵ *Ibidem*.

est souvent probable que ces risques ne se réalisent pas. L'hypothèse d'école en matière de non concrétisation du risque juridique est liée au comportement du client : considérant la longueur et le coût de la procédure judiciaire, les clients renoncent souvent à agir en justice.

Une autre hypothèse est celle de l'arrêt favorable à la banque. Cependant, dans ce scénario, il y aura quand même un impact financier, et donc un risque de nature juridique, puisqu'il faudra comptabiliser les frais de la procédure, les honoraires d'avocat, le temps de traitement du dossier, voire le risque d'image.²⁷⁶

116. Une définition à géométrie variable. Il en résulte que la définition du risque juridique bancaire est à géométrie variable, et peut être plus ou moins étroite en fonction du modèle d'analyse et de cartographie des risques opérationnels retenu par chaque établissement de crédit. En tout cas, le choix du critère d'identification et la définition doivent se conformer à une seule exigence de cohérence et de logique qui revient à veiller à ne pas tomber dans le piège du double comptage, des cumuls injustifiés ou de la redondance.

Même s'il est difficile de tracer un périmètre exact, vaut mieux imposer des frontières arbitraires que de compter deux fois un même risque. La raison est simple : il faut toujours se souvenir du fait que la finalité de l'analyse de risque est de calculer les fonds propres d'une banque.

C. Le risque juridique bancaire est multidimensionnel

117. Une définition qui exprime la vision en matière de risques propre à chaque établissement. Comme nous l'avons constaté, il existe diverses définitions du risque juridique bancaire. Aucune d'entre elles n'a été reconnue comme standard à utiliser, les établissements de crédit ayant la liberté de choisir leur stratégie qui prendra en compte des critères variés, y compris de nature budgétaire.

118. Un exemple concret. Lors d'une enquête diligentée par l'Autorité de Marchés Financiers (AMF) il apparaît que « *seulement une société de gestion de portefeuille sur deux tente de définir le risque juridique. Mais toutes affirment, ou laissent entendre, que la mesure et le suivi de ce risque passent nécessairement au préalable par une compréhension et un inventaire exhaustifs de ses différentes origines et formes dans l'entreprise. De plus, ce "préalable" est unanimement considéré comme essentiel à une réduction "autant que faire se peut en amont" du risque juridique.* »²⁷⁷.

²⁷⁶ A. MASSON et H. BOUTHINON-DUMAS, « L'approche Law & Management », *op. cit.* p. 233.

²⁷⁷ Autorité des marchés financiers, « Le contrôle des modalités de suivi des risques juridiques liés aux services d'investissement : analyse des rapports adressés à l'AMF en 2006 », Revue mensuelle de l'autorité des marchés financier – n°39, septembre 2007, p. 35, www.amffrance.org/documents/general/7923_1.pdf (consultée le 17 septembre 2012).

C'est la confirmation de la difficulté d'établir le contour de cette notion aux multiples facettes, qu'est le risque juridique bancaire.

Pour se faire une idée de ce que représente le risque juridique pour les hommes de terrain, nous allons citer l'une des sociétés interrogées par l'AMF. Pour cette dernière, le risque juridique est «*un risque multidimensionnel* :

- *dont la cause peut être liée à :*

- *une déficience de la veille législative, réglementaire ou déontologique;*

- *un défaut de conformité législative, réglementaire, déontologique ou contractuelle;*

- *un défaut d'organisation ou une déficience des processus internes de la société ou de la relation d'affaires concernée;*

- *un défaut de matérialisation d'une convention.*

- *qui peut se présenter sous des manifestations diverses qui seront fonction par exemple :*

- *du type de prestation (fournie ou reçue) et de sa nature (contrat "technique" ou non);*

- *du moment de la survenance du risque;*

- *de la qualité du contenu de l'accord (définition claire et exhaustive des droits et obligations incombant à chacune des parties).*

- *qui est susceptible en cas de réalisation, d'avoir des conséquences significatives pour l'entreprise, car il peut générer :*

- *une prestation obtenue ou fournie en inadéquation avec la volonté initiale des parties ou de l'une d'entre elles;*

- *une perte de temps pour l'ensemble des parties concernées;*

- *un défaut d'application total ou partiel de la convention;*

- *des sanctions administratives et/ou judiciaires, et/ou contractuelles;*

- *des pertes ou un manque à gagner;*

- *un risque d'image et de réputation pour l'entreprise.»*²⁷⁸

Nous notons ainsi que cette société a retenu une définition du risque juridique englobant plusieurs critères à la fois : la cause, les conséquences, la nature de la prestation, le moment de la survenance du risque, etc.

²⁷⁸ *ibidem.*

Effectivement, on comprend le malaise des « hommes de terrain » devant un risque qui présente de si nombreuses facettes. Cette complexité est amplifiée par son caractère diffus et omniprésent et par le fait que le risque juridique est concurrencé par le risque de non-conformité.

D. Le risque juridique est différent du risque de non-conformité (compliance)

Afin de définir et connaître le périmètre du risque juridique, il convient de le distinguer du risque de non-conformité.

1. Le cadre réglementaire dans lequel s'inscrit la conformité/compliance

119. Contexte réglementaire. La désignation des déontologues est obligatoire en France pour les prestataires de services d'investissement depuis 1998. Ce n'est qu'en 2006 que la création d'une fonction « conformité » a été imposée aux banques²⁷⁹. Pour mémoire, cette réglementation d'inspiration anglo-américaine²⁸⁰ reprend très largement les dispositions imposées au Crédit Agricole par la Commission bancaire, en accord avec la FED²⁸¹, la banque centrale des États-Unis, suite aux défaillances relevées dans les implantations du Crédit Agricole et du Crédit Lyonnais outre-Atlantique²⁸². L'autorité de tutelle imposait alors aux banques susvisées la désignation d'un responsable du contrôle de la conformité, distinct des nouvelles fonctions de responsables du « *contrôle permanent* » et du « *contrôle périodique* ». Cette mesure était accompagnée d'autres procédures telles que celles visant l'examen de la conformité, la déclaration interne et la centralisation des éventuels manquements exposant l'entreprise au risque de non-conformité, la possibilité offerte aux salariés de déclarer

²⁷⁹ Obligation introduite par le règlement CRBF n° 97-02, précité, suite à sa modification par l'arrêté du Ministre de l'économie du 31 mars 2005 relatif au contrôle interne des établissements de crédit et des entreprises d'investissement, entré en vigueur le 1^{er} janvier 2006. ;

²⁸⁰ Ce sont les pays anglo-saxons qui, au début des années 80 ont instauré une fonction « compliance » au sein de leurs établissements financiers, chargée de la conformité aux lois, règlements et codes de conduite divers et variés en liaison avec leurs métiers.

²⁸¹ Acronyme utilisé pour désigner la banque centrale des États-Unis, Federal Reserve System, soit en français La Réserve fédérale, créée en 1913 par le Federal Reserve Act dit aussi Owen-Glass Act.

²⁸² La procédure civile aux Etats-Unis dans l'affaire Executive Life au titre de violations des lois californiennes et fédérales, le Crédit Lyonnais étant accusés d'être impliqués dans des opérations assimilées à du portage, donc illégales. L'affaire remonte à 1991 lorsque Altus Finance, alors filiale du Crédit Lyonnais, négocie avec le Commissaire aux assurances de Californie, John Garamendi, le traitement de la reprise de la compagnie d'assurance américaine Executive Life en difficultés. Celle-ci détenait un portefeuille de junk bonds (obligations « pourries »). Altus a repris les junk bonds et a mis en place un tour de table de repreneurs pour Executive Life, dont la MAAF: la filiale du Crédit Lyonnais ne pouvait reprendre elle-même cette compagnie, la loi américaine interdisant à une banque d'acquiescer un assureur. Voir en ce sens la décision de la FED et de la Commission Bancaire – Banque Nationale de France : <http://www.federalreserve.gov/boarddocs/press/enforcement/2004/20040108/attachment2.pdf> (page consultée le 30 juillet 2012).

d'éventuels manquements directement aux responsables du contrôle de la conformité de leur entité ou établissement, ainsi que la veille législative et réglementaire, le suivi des mesures correctrices engagées, ou encore la formation du personnel aux procédures de contrôle de la conformité.

120. Définition du risque de non-conformité. On retrouve dans cette décision l'ossature de l'obligation de conformité consacrée par le règlement CRBF n° 97-02 tel qu'il a été modifié en 2006. En effet, le risque de non-conformité est défini comme « *le risque de sanction judiciaire, administrative ou disciplinaire, de perte financière significative ou d'atteinte à la réputation, qui naît du non-respect de dispositions propres aux activités bancaires et financières, qu'elles soient de nature législatives ou réglementaires, ou qu'il s'agisse de normes professionnelles et déontologiques, ou d'instructions de l'organe exécutif prises notamment en application des orientations de l'organe délibérant.* »²⁸³

Nous observons qu'il s'agit d'une définition très générale, s'inspirant de celle proposée par le groupe de travail de Bâle, bien que restreinte au respect des dispositions propres aux activités bancaires et financières, et englobant notamment le risque d'atteinte à la réputation, qui se prête à des interprétations subjectives et qui est très difficilement mesurable. Caractérisée par un domaine d'action très vaste, aux contours flous, à la frontière entre l'audit interne, la gestion des risques et le département juridique, la conformité semble renvoyer à l'adage « *nul n'est censé ignorer la loi* ».

121. La fonction « conformité » / « compliance ». La Banque des Règlements Internationaux²⁸⁴, et plus particulièrement le Comité de Bâle pour la supervision bancaire²⁸⁵ nous donne une définition plus détaillée de la fonction « conformité » : « *une fonction indépendante qui identifie, évalue, donne des avis, contrôle et fait rapport quant au risque de conformité de la banque, risque qui est compris comme étant le risque de sanction légale ou réglementaire, de perte financière ou de perte de réputation auxquelles une banque peut être soumise par suite des manquements aux lois applicables, aux règlements et codes de conduite.* »²⁸⁶

Les raisons d'être de la fonction « conformité » sont liées à l'exigence d'assurer un contrôle interne permanent des établissements bancaires²⁸⁷. Ainsi, ses principales compétences

²⁸³ Art. 4 (p) du règlement CRBF n° 97-02 du 21 février 1997 relatif au contrôle interne des établissements de crédit et des entreprises d'investissement, modifié par l'arrêté du Ministre de l'économie du 31 mars 2005 relatif au contrôle interne des établissements de crédit et des entreprises d'investissement – contrôle de conformité / externalisation d'activités, entré en vigueur le 1^{er} janvier 2006.

²⁸⁴ En anglais : Bank for International Settlements (BIS).

²⁸⁵ En anglais : Basel Committee on Banking Supervision (BCBS);

²⁸⁶ Voir en ce sens BIS, BCBS, Compliance and the compliance function in banks - final document, April 2005; <http://www.bis.org/publ/bcbs113.htm> : « An independent function that identifies, assesses, advises on, monitors and reports on the bank's compliance risk, that is, the risk of legal or regulatory sanctions, financial loss, or loss to reputation a bank may suffer as a result of its failure to comply with all applicable laws, regulations, codes of conduct and standards of good practice (together "laws, rules and standards"). »

²⁸⁷ Voir en ce sens : L'Observatoire des métiers de la banque, <http://www.observatoire-metiers-banque.fr> (page consultée le 15 décembre 2012) ; Voir en particulier le document concernant L'étude des métiers du contrôle dans la banque, 2009.

semblent être les suivantes : coordonner le contrôle permanent du risque de non-conformité en toute indépendance, informer la hiérarchie et les autorités de tutelle, piloter la veille réglementaire et juridique, prévenir le risque de non-conformité (améliorer, adapter les procédures internes) et le risque de réputation, tout en assumant une mission formatrice et anticipatrice.

122. Périmètre du risque de non-conformité. Il convient d'observer que le risque de non-conformité couvre un périmètre dont l'ampleur donne des vertiges. Il n'y a pas d'obligation plus large que l'obligation de se conformer à l'ensemble des normes relatives à une activité professionnelle. Est-ce à dire que la conformité finira par englober la fonction juridique ? Où se trouve la frontière entre ces deux risques de nature stratégique ?

123. Une nécessaire, mais difficile distinction. Malgré le fait qu'au cours des dernières années, la *compliance* a fait l'objet de toutes les attentions et que ce phénomène ne risque pas de s'affaiblir, il y a très peu d'ouvrages consacrés au risque de non-conformité dans la doctrine spécialisées²⁸⁸ et encore moins qui distinguent d'une manière pertinente le risque juridique et le risque de non-conformité. Néanmoins, on peut lire dans la littérature spécialisée que « *le risque de non-conformité se distingue du risque juridique de litige avec une contrepartie, puisqu'il ne vise pas la mise en cause des établissements au titre des obligations contractuelles, mais au titre des conséquences dommageables du non-respect de règles relevant soit de l'intérêt public soit de l'intérêt privé* ». ²⁸⁹ Chez le même auteur, on peut encore lire : « *L'obligation de conformité ne se résume donc pas à l'obligation de prévention du blanchiment et du financement du terrorisme, mais concerne bien la conduite de toutes les activités bancaires et financières, et s'étend à la prévention des conflits d'intérêts (pratique de corruption), comme à la protection de la vie privée et des données personnelles, ou le respect de la législation fiscale et sociale* » ²⁹⁰.

Dans le même ordre d'idées, un autre auteur souligne également qu' « *il conviendrait, toutefois, de faire une distinction entre le risque de non-conformité et le risque juridique. Le premier se réfère aux conséquences du non-respect de la législation et réglementation en vigueur et suppose l'existence d'une structure de contrôle quotidienne de toutes les opérations, afin d'éviter les sanctions ou des problèmes d'image. En revanche le risque juridique, tel qu'il est défini par l'article 4, alinéa 2-k du règlement 97-02 est le « le risque de tout litige avec une contrepartie résultant de toute imprécision, lacune ou insuffisance*

²⁸⁸ J-CH., ANDRE-DUMONT, E.MALHERBE, *Vers une compliance maîtrisée. De la pression réglementaire à l'opportunité*, Bruxelles, 2009 ; D. DE COURCELLES et al, *L'obligation de conformité des établissements de crédit et des entreprises d'investissement*, Bruylant, coll. Les dossiers de Secure Finance, 2006 ; M. KROMMYDA, « L'importance de la fonction de conformité (compliance) pour l'intégrité de l'établissement bancaire », *Euredia*, 2004, n° 4 ; CH. COLLARD, C. DELHAYE, H.-B.LOOSDREGT et al., *Risque juridique et conformité : manager la compliance*, Lamy, 2011 ; J.-M. DAUNIZEAU, M. LEIMBACH, préf. de J.-P. MATTOUT, *Contrôle des risques : mieux comprendre les fonctions juridiques et de conformité*, Revue Banque, 2011.

²⁸⁹ F. FRANCHI, « Réflexions sur l'obligation de conformité », p. 65 in D. DE COURCELLES et al, *L'obligation de conformité des établissements de crédit et des entreprises d'investissement*, op. cit..

²⁹⁰ *ibidem*.

susceptible d'être imputable à l'entreprise au titre de ses opérations. »²⁹¹.

C'est une certitude : tout le monde s'accorde à considérer que les deux risques diffèrent. Toutefois, les critères de distinction ne sont pas clairement mis en exergue et la littérature spécialisée n'est pas riche en exemples concrets.

2. Critères de distinction

Après avoir présenté succinctement les positions doctrinales, nous proposons de départager les deux risques en tenant compte de la finalité, ainsi que du rôle et du périmètre d'action de la fonction « conformité » et de celle « juridique ».

a) Finalités différentes

124. Intérêt général versus intérêt privé. Indépendamment des obligations contractuelles diverses et variées qu'il a envers ses clients, le banquier, aux termes de la spécificité de son activité, se voit imposer par le législateur des obligations professionnelles spécifiques dans l'intérêt général. Ces devoirs assurent la protection de certains intérêts publics nationaux, européens et internationaux. Les banques sont des acteurs économiques majeurs et leur rôle est très complexe. Si dans la plupart de temps elles sont censées servir au mieux les intérêts de leurs clients, il existe des circonstances prédéterminées dans lesquelles le banquier doit assurer la primauté de l'intérêt général au détriment de l'intérêt individuel de son client. C'est notamment le cas de certains devoirs d'information, associés à la levée de secret professionnel, des devoirs de vigilance, de loyauté au profit des autorités publiques ou d'autres règles de bonne conduite.

125. Domaines de prédilection du risque de non-conformité. Les risques de non-conformité portent essentiellement sur les règles en matière de sécurité financière²⁹², d'intégrité de marché²⁹³, d'éthique professionnelle²⁹⁴, de conflits d'intérêts, de la primauté de l'intérêt de client²⁹⁵, y compris de protection de la vie privée et des données personnelles. Ces

²⁹¹ M. KROMMYDA, *op. cit.*, p. 541.

²⁹² Il s'agit notamment des règles en matière de blanchiment d'argent, corruption, financement du terrorisme, respecter la réglementation française et européenne en matière d'embargos financiers. A titre d'exemple, ce sont des risques de non-conformité : le manquement aux obligations d'identification et de connaissance de client, le manquement aux obligations de blocage d'opérations visées par les listes de « prévention du terrorisme » ou « des pays sous embargo », l'obligation de déclaration de soupçon non remplie ou non satisfaisante.

²⁹³ Il s'agit notamment de règles en matière de délit d'initié, abus de marché, de manipulation de marché

²⁹⁴ Notamment en matière de secret bancaire et professionnel, des règles de bonne conduite à caractère déontologique, des cadeaux et avantages reçus de la clientèle au titre de relations professionnelles, etc.

²⁹⁵ En matière d'erreur de conception d'un produit bancaire, produits non conforme à la réglementation, de problème de suitability, c'est-à-dire commercialisation d'un produit inadapté à un client ou commercialisation d'un produit sans fournir la documentation adéquate, etc.

domaines de prédilection du risque de non-conformité montrent qu'il est intimement lié à la réputation de la banque, s'inscrivant dans une perspective économique plus large, où les banques, en tant qu'acteurs économiques, sont appelées à jouer un rôle primordial dans le respect de l'intérêt général, comme la protection de la sécurité financière, l'intégrité des marchés, et le comportement des acteurs sur le marché. C'est précisément la recherche de l'efficacité économique, par le biais de la préservation de la transparence des marchés et la protection des consommateurs, qui incite les Etats à imposer des règles strictes de conformité aux établissements bancaires.

126. Le concept d'intérêt public et l'essor de la fonction « conformité ». C'est précisément dans ce contexte qu'il convient d'analyser la fonction *compliance* et, implicitement, les raisons d'être du risque de non-conformité. Les établissements bancaires désignent des déontologues (« *compliance officers* ») chargés de veiller au respect des normes déontologiques professionnelles et de prévenir les risques de non-conformité qui peuvent leur être reprochés par les autorités de surveillance compétentes²⁹⁶. Le concept d'intérêt public explique pourquoi on retrouve dans les domaines du risque de non-conformité y compris la protection de la primauté de l'intérêt de client. L'instauration de cette obligation de conformité est ainsi un moyen parmi d'autres visant à servir les objectifs généraux d'une économie du marché libre, au même titre que la concurrence et la protection du consommateur.

127. Primauté de l'intérêt des clients – une apparente superposition entre le risque de non-conformité et le risque juridique. En ce qui concerne la primauté de l'intérêt du client, cette thématique occupe une place particulière dans le dispositif de *compliance* et c'est surtout sur ce terrain que le risque juridique et le risque de non-conformité semblent se chevaucher. Pourtant, il faudra bien reconnaître qu'il y a des différences.

Le risque de non-conformité se situe au niveau de la politique de l'établissement en matière de sécurité financière, intégrité des marchés, éthique professionnelle et primauté de l'intérêt du client. Il couvre des domaines stratégiques qui intéressent de près les autorités de surveillance. Les risques de non-conformité semblent couvrir plutôt des risques extrêmes avec une forte atteinte à la réputation de la banque.

En revanche, le risque juridique concerne notamment la relation entre la banque et ses clients et les litiges qui en résultent représentent son terrain d'élection. Cela étant, on ne peut pas ignorer que le rôle et la compétence de la fonction juridique dépassent cette approche purement contentieuse.

²⁹⁶ L'art. L. 612-1 du Code monétaire et financier précise en effet que « l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution veille à la préservation de la stabilité du système financier et à la protection des clients, assurés, adhérents et bénéficiaires des personnes soumises à son contrôle ».

b) Compétences et rôles différents

128. Distinction entre la fonction conformité et la fonction juridique. La fonction juridique et la fonction conformité ne recouvrent pas les mêmes missions, malgré l'extension qu'a connue le domaine de la *compliance*. Selon M. A. Gourio, cette répartition résulte du croisement de deux approches, l'une horizontale et l'autre verticale.

Horizontalement, il distingue les deux fonctions en appliquant le modèle dichotomique classique qui sépare la compétence générale et spéciale. Ainsi, la fonction juridique jouit d'une compétence générale « *vis-à-vis des lois et règlements en matière bancaire et financière alors que la fonction conformité est dotée d'une compétence spéciale* »²⁹⁷. Même si la conformité ne peut pas être réduite à la déontologie, elle se voit attribuer néanmoins quelques domaines d'intervention spécifiques : la conformité doit veiller à assurer le respect de : la sécurité financière, l'éthique professionnelle, l'intégrité des marchés, la protection des intérêts des clients, des règles en matière prudentielle et du bon fonctionnement des relations avec les autorités de tutelle. La fonction juridique doit veiller à la protection de l'entreprise dans son ensemble.

Verticalement, selon M. A. Gourio, la fonction juridique détient le monopole de l'analyse et de l'interprétation des textes législatifs et réglementaires, alors que la fonction conformité est chargée de s'assurer que la banque met en place un dispositif permettant de garantir un suivi régulier et le plus fréquent possible des modifications pouvant intervenir dans les textes applicables aux activités de l'établissement. La conformité assume à la fois un rôle de mise en œuvre des procédures concernant ses domaines spécifiques et un rôle de contrôle global de la conformité des activités bancaires avec les dispositions bancaires et financières, qu'elles soient de nature législative ou réglementaire, ou qu'il s'agisse de normes professionnelles et déontologiques ou d'instructions de la Direction Générale et de Conseil d'administration.

129. Une nécessaire collaboration entre la fonction juridique et la fonction « conformité ». Il est très difficile d'assurer la conformité sans une étroite collaboration avec la fonction juridique de la banque dont l'apport est, à l'évidence, primordial. C'est presque une certitude, sinon au moins une intuition, que le contrôle de la régularité juridique des opérations ne peut pas se passer de la compétence des juristes²⁹⁸. Dans la culture anglo-saxonne le *legal* et la *compliance* sont le plus souvent associés : soit on retrouve la fonction *conformité* intégrée à la direction des affaires juridiques, soit l'inverse. La sensation de chevauchement entre les deux risques est donnée notamment par le constat que les deux fonctions revendiquent le statut du « Gardien du temple ». En réalité, les *compliance officers* doivent demander le conseil et l'avis des juristes afin d'avoir le point de vue des spécialistes. Ce qui différencie très nettement les juristes et les déontologues, c'est le plus probablement l'orientation *business*. Les juristes sont moins inclinés à avoir une approche commerciale,

²⁹⁷ A. GOURIO, « Juridique et conformité dans le domaine bancaire », CONFERENCE AJAR 10 MAI 2012 <http://ajar.asso.fr/IMG/pdf/gourio.pdf> (page consultée le 15 juillet 2013).

²⁹⁸ A.-J. FULGERAS, « Les banques et le respect des normes : conformité n'est pas conformisme » in D. DE COURCELLE et al., *L'obligation de conformité des établissements de crédit et des entreprises d'investissements*, *op. cit.*, p. 117.

alors que les *compliance officers* sont souvent des hommes et des femmes de terrain dotés de sens commercial. C'est ce qui confère à la fonction *compliance* une certaine flexibilité.

Après avoir présenté, les principaux critères de délimitation entre la fonction juridique et celle de conformité et, implicitement, entre les risques qui leurs sont associés, nous allons maintenant décliner les deux risques à l'aide des scénarios afin de mieux fixer la ligne de démarcation.

3. *Quelques illustrations à travers des scénarios de risque opérationnel*

Nous allons illustrer maintenant un risque de non-conformité et un risque juridique, en imaginant deux scénarios différents portant sur le thème de la sécurité financière. Nous allons mettre en évidence les caractéristiques de chacun des risques tant au niveau de la finalité des normes qui n'ont pas été respectées qu'au niveau de conséquences engendrées par leur non-respect.

- a) Un scénario classique de risque de non-conformité, illustration tirée de la réglementation en matière de blanchiment d'argent

I. *Description du contexte*

130. La banque doit servir l'intérêt général. Le droit bancaire marche sur deux jambes : les banques en tant qu'acteurs économiques majeurs doivent servir l'intérêt général, mais également l'intérêt individuel de leurs clients. Cette double dimension de la finalité de l'activité bancaire se reflète dans les devoirs professionnels du banquier. Ainsi, le devoir de vigilance du banquier s'exerce soit dans l'intérêt des clients, soit dans l'intérêt général de la collectivité. La jurisprudence a eu l'occasion de préciser les contours de ces deux dimensions : d'une part, elle a imposé au banquier de détecter les anomalies et les irrégularités manifestes des opérations souscrites et elle est allée encore plus loin en imposant même une obligation de mise en garde du banquier envers ses clients, et d'autre part elle a souligné qu'il est fautif de laisser fonctionner un compte qui sert à réaliser des fraudes fiscales.²⁹⁹ Le législateur a à son tour imposé aux banques des obligations précises dans l'intérêt public. C'est notamment le cas de la législation en matière de lutte contre le blanchiment des capitaux et la sécurité financière, le banquier donnant ainsi son concours au développement d'une économie saine en luttant contre les circuits financiers clandestins, le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme³⁰⁰. Le blanchiment d'argent consiste à

²⁹⁹ CH. GAVALDA, J. STOUFFLET, *Droit bancaire*, Litec, 7^e édition, 2008, pp. 144-153.

³⁰⁰ M.-A. NICOLET, « La lutte anti blanchiment dans la fonction de conformité », *Banque Magazine*, n° 670, juin 2005, p. 41 ; A. BOLLE, « Le traitement judiciaire de la déclaration de soupçon », *Banque Magazine*, n° 670, juin 2005, p. 43 ; Sur la Directive 2005/60 du Parlement européen et du Conseil du 26 octobre 2005 dite troisième

retraiter des capitaux pour en masquer l'origine illégale.

131. Le dispositif législatif français en matière de lutte contre le blanchiment d'argent.

Le dispositif anti-blanchiment français repose sur la loi n° 90-614 du 12 juillet 1990, complétée à plusieurs reprises pour s'adapter aux évolutions internationales en matière de lutte contre le blanchiment des capitaux³⁰¹. Il s'appuie sur :

- un délit général et des formes aggravées de blanchiment du produit des crimes et délits, prévu par le Code pénal (art. 324-1)³⁰²,
- une obligation de vigilance des organismes et professions assujettis³⁰³,
- une obligation déclarative (les déclarations de soupçons sur les opérations qu'ils jugent suspectes sont recueillies et analysées par TRACFIN (Traitement du renseignement et action contre les circuits financiers clandestins)³⁰⁴, une cellule de

directive voir *Dossier Banque et Droit*, n° 115, sept-oct. 2007 ; H. ROBERT, « Tracfin, « clé de voûte » de la lutte anti-blanchiment en France », *RD bancaire et fin.*, nov.-déc. 2007, p. 27.

³⁰¹ En France : Art. L 561-1 et s. et R 562-1 et s. du Code monétaire et financier ; Loi n° 90-614 du 12 juillet 1990 relative à la participation des organismes financiers à la lutte contre le blanchiment des capitaux provenant du trafic des stupéfiants ; Loi n° 2004-130 du 11 février 2004 réformant le statut de certaines professions judiciaires ou juridiques, des experts judiciaires, des conseils en propriété industrielle et des experts en ventes aux enchères publiques ; Loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité ; Loi n° 2006-64 du 23 janvier 2006 relative à la lutte contre le terrorisme et portant dispositions diverses relatives à la sécurité et aux contrôles frontaliers ; Ordonnance n° 2009-866 du 15 juillet 2009 relative aux conditions régissant la fourniture de services de paiement et portant création des établissements de paiement ; Ordonnance n° 2009-104 du 30 janvier 2009 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins de blanchiment de capitaux et de financement du terrorisme ; Décret n° 2009-874 du 16 juillet 2009 relatif aux critères de soupçon de fraude fiscale ; décret n° 2009-1087 du 2 septembre 2009 relatif aux obligations de vigilance ; Loi n° 2013-100 du 28 janvier 2013 portant diverses dispositions d'adaptation de la législation au droit de l'Union européenne en matière économique et financière Au niveau européen : Directive 2005/60 du Parlement européen et du Conseil du 26 octobre 2005 dite troisième directive ; Directive 2006/70 CE de la Commission du 1er août 2006 portant mesures d'exécution ; Règlement (CE) n° 1781/2006 du Parlement européen et du Conseil du 15 novembre 2006 relatif aux informations concernant le donneur d'ordre accompagnant les virements de fonds.

Au niveau international, le GAFI, créé en 1989, a également élaboré des standards internationaux (les 40 recommandations du GAFI) destinés à uniformiser au niveau mondial les mécanismes de lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme.

En Belgique, la loi du 11 janvier 1993 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux et du financement du terrorisme, modifiée récemment par la loi du 18 janvier 2010 et la loi programme du 29 mars 2012, entrée en vigueur le 16 avril 2012.

³⁰² En droit belge il s'agit de l'art. 505 du Code pénal.

³⁰³ Aux termes de l'art. L561-5 du Code monétaire et financier, avant d'entrer en relation d'affaires avec leur client ou de l'assister dans la préparation ou la réalisation d'une transaction, les banquiers identifient leur client et, le cas échéant, le bénéficiaire effectif de la relation d'affaires par des moyens adaptés et vérifient ces éléments d'identification sur présentation de tout document écrit probant. Ils identifient dans les mêmes conditions leurs clients occasionnels et, le cas échéant, le bénéficiaire effectif de la relation d'affaires, lorsqu'elles soupçonnent que l'opération pourrait participer au blanchiment des capitaux ou au financement du terrorisme ou, dans des conditions fixées par décret en Conseil d'Etat, lorsque les opérations sont d'une certaine nature ou dépassent un certain montant.

³⁰⁴ Créé en 1990, à la suite du sommet du G7, Tracfin concourt au développement d'une économie saine en France en luttant contre les circuits financiers clandestins, le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme. Service à compétence nationale rattaché aux ministères financiers, Tracfin participe à la protection de l'économie nationale. Tracfin a pour mission de lutter contre les circuits financiers clandestins, le

renseignement financier³⁰⁵. Lorsque, au terme de ses investigations, le service est parvenu à transformer le soupçon initial en présomption de blanchiment, il porte alors les faits correspondants à la connaissance du procureur de la République territorialement compétent).

- une obligation de mise en place des systèmes d'évaluation et de gestion des risques de blanchiment des capitaux (l'article L 561-32 du Code monétaire et financier)
- une obligation d'assurer la formation et l'information régulières de leurs personnels en vue du respect des obligations en matière de lutte contre le blanchiment des capitaux.(Article L561-33 du Code monétaire et financier)
- un contrôle exercé en vertu de l'article L561-36 du Code monétaire et financier, par l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution.³⁰⁶

132. Contrôle et responsabilité pénale. Lorsque, par suite soit d'un grave défaut de vigilance, soit d'une carence dans l'organisation de ses procédures internes de contrôle, la banque a omis de respecter les obligations découlant de la législation en matière de blanchiment d'argent, l'autorité de contrôle engage une procédure sur le fondement des règlements professionnels ou administratifs et en avise le procureur de la République.

133. Sanctions administratives. Aux termes de l'article L561-40 du Code monétaire et financier, la Commission nationale des sanctions peut prononcer l'une des sanctions administratives suivantes :l'avertissement, le blâme, l'interdiction temporaire d'exercice de l'activité pour une durée n'excédant pas cinq ans, le retrait d'agrément ou de la carte professionnelle. La sanction de l'interdiction temporaire d'exercice peut être assortie du sursis. Si, dans le délai de cinq ans à compter du prononcé de la sanction, la personne sanctionnée commet une infraction ou une faute entraînant le prononcé d'une nouvelle sanction, celle-ci entraîne, sauf décision motivée, l'exécution de la première sanction sans confusion possible avec la seconde.

blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme. Le service participe ainsi à la préservation et au développement de circuits financiers sains ainsi qu'à une meilleure régulation de l'économie.

En Belgique, au cœur du dispositif belge de lutte contre le blanchiment d'argent d'origine criminelle et le financement du terrorisme se retrouve la Cellule de Traitement des Informations Financières (CTIF), créée en 1993, par la loi du 11 janvier 1993. La CTIF est une autorité administrative indépendante, ayant la personnalité juridique, sous le contrôle des Ministres de la Justice et des Finances ; Voir J.-P. SPREUTELS et P. DE MUELE-NAERE (dir.), *La cellule de traitement des informations financières et la prévention du blanchiment de capitaux en Belgique*, Bruylant, Bruxelles, 2003

³⁰⁵ Dans les conditions fixées par l'art. L561-15 et suivants du Code monétaire et financier, les banquiers sont tenus de déclarer à TRACFIN les sommes inscrites dans leurs livres ou les opérations portant sur des sommes dont elles savent, soupçonnent ou ont de bonnes raisons de soupçonner qu'elles proviennent d'une infraction passible d'une peine privative de liberté supérieure à un an ou participent au financement du terrorisme, d'une fraude fiscale. Ils sont également tenus de déclarer à TRACFIN toute opération pour laquelle l'identité du donneur d'ordre ou du bénéficiaire effectif ou du constituant d'un fonds fiduciaire ou de tout autre instrument de gestion d'un patrimoine d'affectation reste douteuse malgré les diligences effectuées.

³⁰⁶ Et par l'Autorité des marchés financiers sur les sociétés de gestion et les sociétés de gestion de portefeuille, au titre de leurs activités mentionnées au 6° de l'art. L. 561-2, sur les dépositaires centraux et les opérationnels (chargés de clientèle) de systèmes de règlement et de livraison d'instruments financiers, sur les personnes autorisées au titre de l'art. L. 621-18-5 et sur les conseillers en investissements financiers.

134. Les sanctions pécuniaires. La commission peut prononcer, soit à la place, soit en sus de ces sanctions, une sanction pécuniaire dont le montant est fixé compte tenu de la gravité des manquements commis et ne peut être supérieur à cinq millions d'euros, les sommes étant recouvrées par le Trésor public. Par ailleurs, la commission peut décider de mettre à la charge de la personne sanctionnée tout ou partie des frais occasionnés par les mesures de contrôle ayant permis la constatation des faits sanctionnés.

135. Risque d'image. La commission peut décider que les sanctions qu'elle inflige feront l'objet d'une publication aux frais de la personne sanctionnée dans les journaux ou publications qu'elle désigne.

II. Analyse de scénario de risque de non-conformité

136. Un scénario classique de risque de non-conformité. Imaginons qu'à l'issue des contrôles *a posteriori*, une banque n'a pas déclaré à TRACFIN des opérations suspectes, en jugeant que les vérifications effectuées ne permettraient pas d'établir l'origine illicite des sommes. De plus, il se trouve que les fonds blanchis provenaient d'un trafic de stupéfiant, l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution inflige à la banque un blâme et une sanction pécuniaire. La banque est aussi condamnée pénalement et doit verser une amende. Certains employés seraient amenés à comparaître pour complicité de blanchiment.

137. Responsabilité pénale. Il convient de rappeler que le blanchiment d'argent est une infraction dont les conséquences sont dépendantes de l'existence d'une première incrimination (l'argent blanchi doit provenir d'une activité criminelle, par exemple le trafic de stupéfiants). Le blanchiment d'argent est également un délit intentionnel pour le blanchisseur. Par conséquent, pour parler de responsabilité pénale, il faut que TRACFIN transmette le dossier au procureur de la République compétent au lieu de l'infraction. Ce magistrat dispose alors de deux options, soit il classe le dossier parce qu'il estime que les faits ne constituent pas une infraction, soit il met en mouvement l'action publique. S'il a choisi de mettre en mouvement l'action pénale, il peut saisir un service d'enquête, tout comme il peut demander l'ouverture d'une information judiciaire. L'enquêteur doit réunir tous les éléments prévus par la loi afin de constituer un dossier. Or, le plus difficile élément du dossier réside dans l'identification de l'infraction sous-jacente produisant les gains, car elle est l'un des éléments caractérisant le délit de blanchiment des capitaux.

La responsabilité pénale de la banque en tant que blanchisseur est encourue lorsque celle-ci facilite par tout moyen la justification mensongère de l'origine des biens ou apporte son concours à une opération de placement, de dissimulation ou de conversion de l'argent issu d'un crime ou délit.

138. Responsabilité disciplinaire. Cependant, il arrive plus souvent que soit imputé aux banquiers un manquement à leurs obligations professionnelles de vigilance, de contrôle,

d'identification de la clientèle. Ces manquements ont vocation à être sanctionnés disciplinairement par l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution, héritière de la Commission bancaire. L'analyse des décisions de sanction relève qu'en pratique l'autorité de contrôle a tendance à considérer que tout défaut de déclaration de soupçon, de vigilance ou de connaissance de client témoigne *ipso facto* d'un problème d'organisation ou de carence de l'établissement de crédit, faisant ainsi rapprocher les obligations en matière de blanchiment d'argent d'obligations de résultat, alors que théoriquement elles ne sont que des obligations de moyens.

139. Causes du risque de non-conformité. A titre d'exemple, les causes possibles de ce risque de non-conformité seraient: une mauvaise analyse des opérations complexes, la difficulté d'apprécier en pratique la nature de l'infraction sous-jacente, la formation insuffisante des collaborateurs, la défaillance des outils d'aide à la détection d'opérations suspectes.

140. Effets. Nous pouvons envisager plusieurs types de sanctions potentiellement applicables, telles que : des sanctions disciplinaires³⁰⁷ qui peuvent être assorties d'une sanction pécuniaire dont le montant est au plus égal à cent millions d'euros, voire des sanctions pénales (emprisonnement et amendes prévues par le Code pénal³⁰⁸). Dans ce contexte, il convient de rappeler que la responsabilité pénale de la banque, personne morale, n'exclut pas celle des personnes physiques (représentants légaux, auteurs ou complices). De surcroît, pour la quantification du risque, il faut tenir compte que la loi n°2004-204 du 9 mars 2004 de la généralisation de la responsabilité pénale de la personne morale augmente le montant des amendes. Ainsi, au terme de l'article 131-38 du Code pénal³⁰⁹, le taux maximum de l'amende applicable aux personnes morales est égal au quintuple de celui prévu pour les personnes physiques par la loi qui réprime l'infraction. La banque encourt également un risque extrêmement lourd en termes d'image.

Après avoir vu un scénario typique de risque de non-conformité caractérisé d'une part par l'atteinte aux règles législatives ayant comme finalité l'intérêt général et d'autre part par une responsabilité disciplinaire qui a entraîné une responsabilité pénale, analysons maintenant un cas de risque juridique portant toujours sur la réglementation en matière de blanchiment des capitaux. Nous allons voir ainsi dans ce deuxième scénario, tiré d'une affaire réelle, qu'il ne

³⁰⁷ Voir *infra* n° 195

³⁰⁸ En application de l'art. 324-1 du Code pénal, le blanchiment est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 375 000 euros d'amende ; En application de l'article 324-2 du Code pénal, le blanchiment aggravé est puni de dix ans d'emprisonnement et de 750 000 euros d'amende ; Cf. à l'article 324-3 du Code pénal, les peines d'amende mentionnées aux articles 324-1 et 324-2 peuvent être élevées jusqu'à la moitié de la valeur des biens ou des fonds sur lesquels ont porté les opérations de blanchiment ; En application de l'article 222-38 du Code pénal : le blanchiment d'argent portant sur un produit d'un trafic de stupéfiants est puni de dix ans d'emprisonnement et de 750 000 euros d'amende.

³⁰⁹ Art. 131-38 : « Le taux maximum de l'amende applicable aux personnes morales est égal au quintuple de celui prévu pour les personnes physiques par la loi qui réprime l'infraction. Lorsqu'il s'agit d'un crime pour lequel aucune peine d'amende n'est prévue à l'encontre des personnes physiques, l'amende encourue par les personnes morales est de 1 000 000 Euros.

s'agit plus d'un intérêt général, mais d'un intérêt privé, et que ce n'est plus l'autorité de contrôle qui se tourne contre l'établissement, mais au contraire, c'est le client lui-même qui recherche la responsabilité contractuelle du banquier devant le juge compétent.

- b) Un scénario classique de risque juridique, illustration tirée de la réglementation en matière de blanchiment d'argent

I. Description du contexte

141. La banque doit servir l'intérêt privé. Le banquier et son client sont liés par le contrat qu'ils ont conclu. L'exécution de l'ordre donné par son client suppose que le banquier exécute effectivement la volonté exprimée et qu'il le fasse dans le délai consenti. La responsabilité contractuelle du banquier peut être engagée lorsqu'il y a soit une exécution tardive entraînant un préjudice pour le client soit éventuellement une absence totale d'exécution.³¹⁰

142. Contexte juridique. La jurisprudence a établi que le banquier ne peut s'abriter derrière les dispositions de l'article L561-22 du Code monétaire et financier disposant qu'aucune action en responsabilité ne peut être intentée contre une banque qui a fait de bonne foi la déclaration de soupçon qui s'impose à lui. C'est le cas notamment de l'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 9 avril 2004³¹¹ qui a jugé que le banquier ne peut pas opposer au client, donneur d'ordre, la fin de non-recevoir prévue par le Code monétaire et financier, même si le montant des virements données à 48 heures d'intervalle excédait le seuil de 150 000 euros, et malgré le fait que le pays d'où émanait l'ordre était inscrit par le GAFI sur la liste des pays non coopératifs. La banque avait refusé d'exécuter l'ordre de virement aux termes de la nature de l'opération, qui traditionnellement est reconnue comme propice au blanchiment des capitaux. Cependant, les juges ont considéré que seul TRACFIN a le pouvoir, en accusant réception, de s'opposer à l'opération. Quant à la banque, elle est tenue uniquement d'une obligation de vigilance et d'une obligation de déclaration. Par conséquent, les juges ont tenu la banque responsable pour le préjudice créé par la non-exécution fautive de l'ordre de virement.

³¹⁰ R. ROUTIER, *Obligations et responsabilités du banquier*, 2^e édition, Dalloz, 2008, n° 251.11 et n° 562. 24.

³¹¹ CA Paris, 9 avril 2004, 15^e ch. B, n° 2003/03552, Vaglietti c/ Barclays Bank, *BJB* n° 4/ 2004, p. 447, obs. C. DUCOULOUX-FAVARD; *JCP E* 2005, 782, p. 864, n° 2, obs. P. COUDERT ; *RD bancaire et fin.* sept.-oct. 2004, n° 187, p. 318, obs. F.-J. CREDOT et Y. GERARD.

II. Analyse de scénario du risque juridique

143. Scénario du risque juridique. Imaginons que le banquier refuse d'exécuter l'ordre de virement d'un client au motif que l'opération lui paraîtrait suspecte, en vertu de l'article L561-22 du Code monétaire et financier. Le client se tourne contre la banque et met en cause sa responsabilité civile. Le banquier est condamné sur le terrain civil. Étant donné qu'il ne peut pas, de sa propre initiative, refuser l'opération, l'établissement de crédit est tenu de réparer l'entier préjudice du donneur d'ordre constitué par la non-exécution fautive de l'ordre.

144. Causes. A titre d'exemple, les causes possibles de ce risque juridique seraient la mauvaise application ou interprétation des dispositions légales, une veille juridique défaillante, voire la formation insuffisante des collaborateurs.

145. Les effets. Quant aux conséquences de ce risque juridique nous pouvons envisager des sanctions civiles, telles que la réparation intégrale du préjudice et les frais de justice, ainsi que d'autres conséquences consistant dans le coût de traitement du dossier en interne, les intérêts de trésorerie ou encore la perte d'image, moins lourde que dans le scénario du risque de non-conformité.

146. Conclusion : deux risques distincts. Nous avons ainsi vu la différence entre le risque juridique et le risque de non-conformité. Des exemples peuvent aussi être trouvés en matière de primauté de l'intérêt des clients : il y aurait un risque de non-conformité lorsque la banque se fait épingleur par l'autorité de contrôle compétente, suite à un contrôle, pour avoir conçu un produit non-conforme aux dispositions réglementaires en vigueur. En revanche, il y aurait un risque juridique en cas d'un litige, même collectif, opposant le client ou les clients à leur banquier pour défaut d'information, de mise en garde ou de conseil. Dans cette dernière hypothèse, il s'agit d'un cas particulier ou de cas particuliers. Ainsi, nous pouvons imaginer des dysfonctionnements ponctuels lors de la distribution du produit ou lors de l'archivage des preuves de l'accomplissement des diverses obligations incombant au banquier. Il faut souligner cependant qu'un tel risque juridique peut se transformer un risque de non-conformité lorsque la commission de sanction de l'autorité de tutelle compétente inflige une sanction disciplinaire, voire pécuniaire à la banque en cause, évoquant la non-conformité à la réglementation en vigueur.

Dans un souci de clarté, nous proposons de considérer qu'il s'agit d'un risque de non-conformité lorsqu'il y a une procédure engagée par l'autorité de tutelle compétente, pour non-respect des dispositions législatives, professionnelles et déontologiques. Par voie de conséquence il faudra réserver alors le terme du « risque juridique » au contentieux amiable et judiciaire, sans exclure pour autant la possibilité de sanctions disciplinaires et pécuniaires en sus de celles judiciaires, suite à une procédure démarrée par l'autorité de contrôle compétente. Cette hypothèse serait limitée à la violation des règles de protection des consommateurs. Cependant, la qualification du risque dépendra également de la stratégie adoptée par l'établissement, car il se peut que la simple intervention de l'autorité de contrôle soit considérée une raison suffisante *per se* pour qualifier un risque de non-conformité.

CONCLUSION DU CHAPITRE II

147. Le risque juridique représente un risque important pour les banques et exige une couverture par des fonds propres. Dans ce chapitre nous avons montré la typologie des risques d'un établissement de crédit, ainsi que les caractéristiques du risque juridique bancaire qui se présente comme une composante majeure du risque opérationnel, car il est lié aux activités opérationnelles, tant techniques que de support. A ce titre, il compte dans le calcul des fonds propres d'une banque et sa gestion est par conséquent un élément à part entière du système de contrôle interne à mettre en place par les établissements de crédit.

148. Il est essentiel de tenir compte de la diversité des critères d'identification des risques juridiques. Etant multidimensionnels, la définition et le périmètre d'action du risque juridique dépendent en pratique de la stratégie adoptée par la banque. Ainsi, si elle a pris le parti d'avoir une vue d'ensemble sur les risques de chaque métier et fonction, alors le risque juridique correspond à l'ensemble des facteurs susceptibles d'altérer les objectifs de sécurité et de performance attribué à la fonction juridique. Si, en revanche, l'on adopte une cartographie axée sur les conséquences (effets), il se présente comme le risque de perte résultant de la défaillance de tout processus interne ayant des conséquences juridiques (un « coût » juridique).

Sur le plan théorique, la doctrine a tenté de distinguer les risques juridiques en fonction de leurs conséquences (risque pénal, civil, etc.), sources (risque externe ou interne) et causes (risques ayant des causes immédiates ou profondes) ou bien en fonction de leur stade (risque contentieux ou judiciaire). Ces classifications apportent certes un éclairage, mais elles manquent néanmoins d'applicabilité immédiate sur le terrain de la gestion des risques. C'est pour cela que nous avons préféré montrer les différentes approches possibles en matière de cartographie des risques, sans pour autant imposer une classification. En effet, le risque juridique étant à géométrie variable, il se prête à une approche globale qui intègre les causes, les effets, ainsi que le propriétaire du risque. Cependant, le législateur ayant laissé une grande liberté aux banques de délimiter le périmètre de leurs risques opérationnels, la définition du risque juridique dépend de la stratégie adoptée par l'établissement de crédit. Finalement, la seule véritable contrainte est de ne pas tomber dans le piège du double comptage, car ce risque se laisse difficilement distingué du risque de non-conformité.

149. Une distinction utile, mais difficile. Il nous a semblé en conséquence utile d'accorder une attention particulière aux dissemblances et ressemblances existantes entre les risques juridiques et les risques de non-conformité. En effet, ces deux risques concernent l'application de la législation et de la réglementation en matière bancaire, tout en étant stratégiques pour la réputation de la banque. Dans ce contexte, pour mieux les distinguer, nous avons évoqué leurs finalités, ainsi que les différences entre le rôle et les compétences des fonctions « Juridique » et respectivement « Conformité », tout en cherchant à donner des exemples concrets tirés de la réglementation en matière de blanchiment d'argent.

CONCLUSION DU TITRE I

150. Risque juridique et théorie économique de gestion des risques. Il est habituel de présenter le risque juridique comme étant l'ensemble des instruments utilisés à la fois pour la prévention et pour la prise en charge des conséquences dommageables d'un événement redouté. Cependant, nous avons abordé le concept de risque juridique à l'aune de la théorie économique de gestion des risques qui l'éclaire d'une lumière nouvelle. En suivant cette approche dans le domaine bancaire, nous avons vu que le risque juridique est tout d'abord une composante majeure du risque opérationnel et qu'à ce titre il est pris en compte dans le calcul du capital réglementaire des établissements de crédit. Ensuite, nous l'avons défini comme étant le risque de perte, directe ou indirecte, ou de manque à gagner qui peut résulter d'un processus juridique interne inadéquat, inopportun ou défaillant et/ou d'un autre processus interne ayant des effets juridiques, voire de l'excès, de l'insuffisance, de l'ambiguïté de la loi ou d'un revirement jurisprudentiel défavorable.

151. Compte tenu du caractère encore récent de la problématique, la distinction de risque juridique de celui de non-conformité s'avère être à la fois difficile et opportune. Nous avons précisé les éléments qui distinguent le risque juridique bancaire du risque de non-conformité. Ainsi, nous avons constaté que la définition *stricto sensu* du risque juridique est plus étroite, son domaine étant limité tant par le législateur, que par le régulateur international, à la mise en cause des établissements de crédit au titre de leurs obligations contractuelles. Le risque juridique se focalise sur le contentieux qui survient dans les relations entre la banque et ses contreparties. La banque étant tenue d'agir dans l'intérêt des clients, toute rupture de confiance à ce niveau peut se traduire dans un mécontentement (une réclamation, un procès) et, par voie de conséquence, les litiges viennent alimenter le risque juridique de la banque.

En ce qui concerne le risque de non-conformité (*compliance*), nous avons vu qu'il a un périmètre très large, s'inscrivant dans une double dimension : celle de l'intérêt public et celle de l'intérêt stratégique de l'entreprise. La conformité concerne cinq domaines phares de la banque : la sécurité financière (lutte contre le blanchiment des capitaux et le financement du terrorisme, respect des embargos financiers) l'intégrité des marchés (délit d'initié, manipulation des cours, etc.) l'éthique professionnelle (secret professionnel, etc.) la primauté de l'intérêt du client (adéquation – *suitability* - des produits bancaires adaptés à leurs clients ou tout simplement une activité bancaire « orientée client »), et le respect des normes prudentielles dans le contexte des relations établies avec les autorités de tutelle.

La conformité (*compliance*) se présente ainsi comme un outil de stabilité macroéconomique, s'inscrivant dans une conception globale d'une meilleure régulation de l'économie en soutenant la préservation et le développement de circuits financiers sains, la transparence et l'intégrité du marché, la maximisation du bien-être du client, consommateur des services bancaires. Elle est également un outil de responsabilisation des acteurs économiques, en imposant des valeurs éthiques dans la pratique professionnelle.

Nous avons montré que la différence entre les deux risques n'est pas absolue. D'ailleurs, la doctrine remarque à juste titre que le contrôle de la régularité juridique des opérations ne peut pas se passer de la compétence des juristes spécialisés. La réglementation en matière de contrôle des établissements bancaires consacre implicitement cette collaboration entre les juristes et les déontologues par le biais de la veille réglementaire. Il faut se rendre à l'évidence : l'apport des juristes est essentiel dans la maîtrise du contexte réglementaire³¹². Certains auteurs vont jusqu'à soutenir que la « *communication entourant les programmes de conformité peut être envisagée comme une politique de management juridique* »³¹³.

La fonction juridique et la fonction conformité favorisent la mise en place d'une culture de la légalité dans la banque, laquelle peut contribuer d'une part à la prévention de certains risques liés notamment à la réputation de l'organisme financier³¹⁴ et d'autre part à l'amélioration de son image auprès des consommateurs. Nous tenons à souligner que la stratégie juridique, associée à celle de conformité, devient un allié précieux, une opportunité même dans la quête de l'efficacité économique: plus les banques pourront démontrer une mise en place réelle d'une forte culture de primauté de l'intérêt du client, ainsi que de conformité en sens large, plus elles pourront l'utiliser pour atténuer les risques de la banque. En effet, cet effet s'obtient notamment grâce à « *une présomption de régularité* »³¹⁵ de leur comportement, qui est facilitée par le fait que l'obligation de conformité est en principe une obligation de moyens³¹⁶.

Il y a certes un certain chevauchement entre les deux risques, dû notamment au risque de sanction judiciaire qui naît du non-respect des dispositions législatives et réglementaires. Dans ce contexte notre proposition est d'introduire, dans un souci de clarté, une distinction plus nette. Il reviendrait alors à décider, mais ce serait par pure convention, qu'il s'agit du risque de non-conformité lorsque la banque redoute les conséquences néfastes d'une responsabilité disciplinaires et/ou administratives pour non-respect des dispositions législatives, professionnelles et déontologiques. On réservera le terme du risque juridique aux événements redoutés entraînant des sanctions judiciaires ou autres coûts assimilables, sans exclure la possibilité d'un cumul d'une responsabilité civile, pénale et disciplinaire en matière de protection des consommateurs. Cependant, pour des raisons comptables et d'organisation interne, il convient d'observer qu'en pratique dans cette dernière hypothèse la qualification du risque dépendra de la stratégie adoptée par l'établissement

³¹² D. DE COURCELLES et al, *op. cit.*, p. 117.

³¹³ A. MASSON et H. BOUTHINON-DUMAS, « L'approche Law & Management », *op. cit.*, p. 233 et s.

³¹⁴ P. SELZNICK, *Law, Society and Industrial Justice*, Russell Sage, New York, 1969 ; A. KAGAN, N. CUNNINGHAM ET D. THORNTON, *Explaining Corporate Environmental Performance : How Does Regulation Matter*, Law and Society Review, vol. 37, 2003, p. 51. cités par A. MASSON et H. BOUTHINON-DUMAS, *op. cit.* p. 233 et s.

³¹⁵ A. MASSON, H. BOUTHINON-DUMAS, *ibidem*.

³¹⁶ Affirmation qui doit être nuancée, car souvent la jurisprudence en matière de lutte contre le blanchiment des capitaux assimile l'obligation de vigilance à une obligation de résultat. ; La même tendance est visible en droit européen de la concurrence : les entreprises tentent parfois d'obtenir une réduction de leur amende, en arguant qu'elles ont fait tout ce qu'elles pouvait faire au niveau du respect de leur obligation de conformité. Cependant, leur ligne de défense n'a pas eu toujours un grand succès : Tribunal Première Instance CE, 27 sept. 2006, n° T-329/01, *Rev. science crim.* 2007. 143, chron. L. IDOT ; *RTD eur.* 2008. 313, chron. J.-B. BLAISE et L. IDOT et, Tribunal Première Instance 30 sept. 2009, n° T-168/05, *Rev. science crim.* 2010. 244, obs. L. IDOT ; *RTD eur.* 2010. 647, chron. J.-B. BLAISE et L. IDOT.

152. Annonce du plan. Une fois présentées les principales catégories de risque bancaire et après avoir constaté que selon la réglementation bancaire en vigueur le risque juridique bancaire est une composante majeure de risque opérationnel, il convient de présenter les enjeux et la méthodologie générale de la gestion du risque opérationnel (Titre II).

Titre II

Détermination des enjeux et de la méthodologie générale de la gestion du risque juridique bancaire

153. Réputation et solvabilité. La gestion du risque juridique est un élément à part entière du système global de gestion des risques à mettre en place par les établissements de crédit. Tout d'abord, il s'agit d'une obligation légale qui fait l'objet d'un contrôle interne et d'une surveillance de la part des autorités de tutelle au niveau national et européen, ayant un impact important sur la réputation de l'établissement. Ensuite il convient de souligner que cette problématique est intimement liée aux besoins des fonds propres d'une banque. L'impact macroéconomique de la solvabilité d'une banque a conduit à l'adoption d'une réglementation stricte en matière de fonds propres, destinée à prémunir les économies du risque systémique que pourrait entraîner la disparition d'une banque.

154. Contrôle des risques et fonds propres. Dans ce contexte, ce titre se propose de présenter dans un premiers temps les enjeux de la gestion des risques opérationnels, y compris juridiques. A cette fin, nous allons étudier la structure de la surveillance de l'activité bancaire en matière de gestion financière, considérant qu'il est essentiel de comprendre qui a le droit de contrôler et surtout quelles sont conséquences d'une mauvaise gestion des risques juridiques. Nous présenterons également la réglementation en matière de fonds propres afin de justifier l'importance stratégique de la gestion des risques juridiques (Chapitre I).

155. Méthodologie générale de la gestion des risques. Dans le deuxième chapitre, nous introduirons les concepts fondateurs de la discipline de gestion des risques (*risk management*) et les appliquerons au cas du risque juridique bancaire (Chapitre II).

Chapitre I

Les principaux enjeux de la gestion du risque opérationnel

156. Des enjeux complexes et interdépendants. Afin de comprendre les enjeux de la gestion des risques juridiques il convient d'aborder, ne serait-ce que brièvement, deux problématiques complexes, mais interdépendantes: celle du contrôle des risques (section I) et celle de la réglementation des fonds propres (section II). Cette double thématique est loin d'être une digression qui rompt l'unité du sujet. Elle s'impose par son rattachement essentiel à l'appréhension des risques et par son actualité, car les réformes en la matière sont nombreuses, chacune d'entre elles étant une réponse à la crise financière mondiale déclenchée en 2008. Les défauts en matière de contrôle des opérations et procédures internes, en particulier la maîtrise des risques opérationnels, y compris juridiques, peuvent entraîner des lourdes sanctions de la part des autorités de surveillances nationales, voire bientôt de la part de celles européennes. En outre, les autorités de surveillance compétentes au niveau national et européen évaluent l'adéquation des fonds propres des établissements de crédit au regard des risques auxquels ceux-ci sont exposés³¹⁷. Or, il convient de rappeler que la mauvaise application des procédures de contrôle opérationnel aurait engendré dans l'industrie bancaire des coûts supplémentaires de 10 milliards de dollars.³¹⁸

Section I : La surveillance des banques

157. Surveillance interne et externe de la bonne gestion financière. Les banques sont tenues de surveiller en permanence leurs risques, leur liquidité et leur solvabilité. Etant donné leur rôle économique de prime importance, le contrôle ne peut pas être laissé uniquement entre les mains des établissements bancaires. Il intéresse directement et étroitement l'Etat, ainsi que le marché européen. Par conséquent, le contrôle n'est pas uniquement l'affaire primordiale de l'organisation interne des banques, mais aussi la raison d'être des autorités de surveillance nationales et européennes.

³¹⁷ Sur le sujet du contrôle prudentiel au niveau national voir *infra* n° 189 à 199 ; Sur le contrôle prudentiel européen voir *infra* n° 199 à 212 ; En application de l'art. 80 du règlement (UE) n° 575/2013 du Conseil, précité, l'Autorité bancaire européenne est en charge de contrôler la qualité des instruments émis par les établissements qui entrent dans composition des fonds propres ; Voir également l'art. 4 du règlement (UE) n° 1024/2013 du Conseil du 15 octobre 2013 confiant à la Banque centrale européenne des missions spécifiques ayant trait aux politiques en matière de surveillance prudentielle des établissements de crédit ; Voir également le considérant 44 de la directive 2013/36/UE précitée, concernant l'accès à l'activité des établissements de crédit et la surveillance prudentielle des établissements de crédit et des entreprises d'investissement :: « Les autorités compétentes devraient être chargées de veiller à ce que les établissements disposent d'une bonne organisation et de fonds propres adéquats au regard des risques auxquels ils sont ou pourraient être exposés ».

³¹⁸J.-C. BORIES, J.-E. PALARD, *Les banques sont-elles vouées à devenir des organisations à haute fiabilité ?*, *op. cit.*, p. 64.

158. Surveillance et enjeux de la gestion des risques. Les objectifs de la surveillance bancaire reflètent en effet les principaux enjeux de la bonne gestion des risques qui doit rassurer et protéger les créanciers et les utilisateurs du système financier, ainsi que la stabilité et le bon fonctionnement du marché financier. Nous verrons que la jurisprudence de l'autorité nationale de contrôle éclaire on ne peut mieux les conséquences d'une mauvaise gestion des risques, tant du point de vue financier, que du point de vue de la réputation sur les marchés.

Dans ce contexte, il convient de rappeler qu'en France, rien qu'au cours de l'exercice 2008, la Commission bancaire « a prononcé quatre blâmes assortis d'une sanction pécuniaire allant de 5 000 euros à 4 millions euros et un avertissement, dans la plupart des cas pour des griefs relatifs aux insuffisances du dispositif de contrôle interne ou de lutte contre le blanchiment des capitaux. Dans un cas, il a été demandé que la décision soit portée à la connaissance de l'assemblée générale des actionnaires devant statuer sur les comptes annuels ».³¹⁹ De cette jurisprudence nous avons retenu notamment la décision du 3 juillet 2008 qui a infligé à la Société Générale un blâme et une sanction pécuniaire de 4 millions euros pour « carences graves » dans le contrôle interne des risques opérationnels lors de la fraude imputée au trader Jérôme Kerviel.³²⁰

§1. Le périmètre et les objectifs de la surveillance bancaire

159. Contexte : régulation du secteur financier. L'internationalisation de l'activité bancaire a conduit à ce que la surveillance des banques s'inscrive désormais dans le cadre plus général de la régulation du secteur financier. Cette dernière peut être définie comme étant « l'action économique mi-directive mi-corrective d'orientation, d'adaptation et de contrôle exercée par des autorités sur un marché donné qui se caractérise par sa finalité, la flexibilité de ses mécanismes et sa position à la jointure de l'économie et du droit, en tant qu'action régulatrice elle-même soumise au droit et à un contrôle juridictionnel. »³²¹ La régulation financière actuelle repose sur trois piliers : la réglementation, la discipline de marché et le contrôle interne³²².

160. Origines et objectifs de la surveillance des banques. La surveillance des établissements bancaires est apparue d'abord aux Etats-Unis³²³ dans le contexte de la grande

³¹⁹ Commission bancaire, *Rapport annuel*, France, 2008, pp. 141 et s.

³²⁰ Voir J.-J. DAIGRE, H. DE VAUPLANE, J.- P. BORNET, B. DE SAINT MARS, « Note sous-commission bancaire, décision de sanction du 3 juillet 2008 à l'encontre de la Société Générale, sur la qualité du système de contrôle des opérations et des procédures internes, en particulier la maîtrise des risques opérationnels », *Banque et Droit*, sept. 2008, n° 121, p. 33-35.

³²¹ R. RINI, *La responsabilité des autorités de surveillance bancaire en Europe, Etude comparée du droit suisse et des droits allemand, anglais et français dans le contexte de l'Union européenne*, Schulthess, 2008, p. 11 ; G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF, 2005.

³²² J. COUPPEY-SOUBEYRAN, *Régulation et surveillance des marchés bancaires en Europe* in L. GRARD, P. KAUFFMANN, *L'Europe des banques – approches juridiques et économiques*, A. Pédone, Paris, 2010, p. 61.

³²³ Il s'agit de Banking Act de 1933 dans le cadre de la politique de New Deal de Franklin D. Roosevelt pendant la Grande Dépression, qui a imposé la fermeture de toutes les banques pendant quatre jours, et la réouverture des banques considérées solvables suite au contrôle des inspecteurs fédéraux. Voir J. COUPPEY-SOUBEYRAN, *op. cit.*, p. 61.

crise économique des années 1930 afin d'assurer une protection individuelle des clients et créanciers des banques, et ensuite en Europe. Cependant les objectifs fondamentaux de la surveillance bancaire ne se résument pas à la protection des épargnants et autres créanciers contre les pertes financières résultant des faillites ou des fraudes, mais concernent également la stabilité et l'intégrité du système, la limitation de la prise de risques des établissements, la confiance du public et la réputation de la place financière. Le bon fonctionnement et la stabilité du système financier s'avèrent cruciaux, car les défaillances des banques peuvent créer un risque systémique, nécessitant l'intervention des autorités publiques qui seront amenées à injecter de l'argent public pour le sauvetage des banques. L'insolvabilité ou le manque de liquidité est un risque majeur qui peut contaminer les autres banques saines. L'on parle souvent dans ces circonstances d'un effet « domino », une réaction en chaîne touchant les banques qui sont liées entre elles. La surveillance des banques joue à la fois un rôle préventif (portant sur les conditions d'accès à la profession, les règles de bonne gestion financière, les règles d'éthique financière), un rôle répressif (sanctionnant les irrégularités constatées dans les domaines contrôlés) et un rôle curatif (via les mesures correctives).

A. Le périmètre de la supervision

161. Périmètre large. L'application directe du règlement « CRR » à partir du 1^{er} janvier 2014 et la transposition au niveau national de la directive « CRD IV » ont renforcé le contrôle exercé par les autorités de tutelle à tous les niveaux : celui des conditions d'accès à la profession, du dispositif de gouvernance, des principes de la gestion financière, de la politique monétaire, de la déontologie professionnelle, de la rémunération³²⁴ et opérationnel³²⁵.

162. Délimitation du sujet. Même si le champ d'intervention des autorités de contrôle est très large, nous limitons notre présentation aux règles de la bonne gestion financière et de la déontologie professionnelle, considérant qu'elles sont révélatrices pour l'ensemble de notre étude.

³²⁴ Voir en ce sens les nouveaux art. L 511-102 à L 511-103 du Code monétaire et financier (ancien art. L511-41-1 A du Code monétaire et financier) sur la mise en place dans les banques d'un comité spécialisé en matière de rémunérations.; Voir aussi la sous-section 3 intitulée « Politique et pratiques de rémunération », composée des art. L. 511-71 à L. 511-88 du Code monétaire et financier qui renforce l'encadrement des rémunérations des preneurs de risques introduit par la directive 2010/76/UE du 24 novembre 2010, dite « CRD III », en imposant notamment un plafonnement des rémunérations variables.

³²⁵ J. LASSERE CAPDEVILLE, « Transposition de la directive CRD IV », *JCP G* 2014, 294 ; Sur le contrôle en général voir CH. GAVALDA, J. STOUFFLET, *op. cit.*, p. 97, n° 176 ; Sur le contrôle en Belgique, voir le Titre III de la nouvelle loi relative au statut et au contrôle des établissements de crédit du 25 avril 2014, précitée. A l'intérieur de ce titre il convient de mentionner le Chapitre II concernant le processus de surveillance prudentielle qui transpose la directive CRD IV et les Chapitres III et IV qui portent respectivement sur le contrôle des succursales des établissements de crédit de droit belge et le contrôle sur les groupes (contrôle sur base consolidée). Pour la législation antérieure : Voir les dispositions de la loi du 22 mars 1993 relative au statut et au contrôle des établissements de crédit, *MB* 19 avril 1993 et des arrêtes royaux du 12 août 1994 et du 21 novembre 2005.

1. La gestion financière

163. Le contrôle de la bonne gestion financière. Les autorités de surveillance compétentes doivent s'assurer que les principes d'une gestion financière saine et prudente sont respectés par les établissements de crédit pour éviter la prise d'engagements excessifs et risqués. Ce contrôle prudentiel représente une garantie contre les risques systémiques, en assurant la stabilité du marché bancaire. Les banques sont tenues « *de respecter des normes de gestion destinées à garantir leur liquidité et leur solvabilité à l'égard des déposants et, plus généralement, des tiers, ainsi que l'équilibre de leur structure financière* »³²⁶. Elles doivent en outre et surtout, conformément au nouvel article L 511-55, tel qu'il a été modifié par l'ordonnance n° 2014-158 du 20 févr. 2014, se doter « *d'un dispositif de gouvernance solide comprenant notamment une organisation claire assurant un partage des responsabilités bien défini, transparent et cohérent, des procédures efficaces de détection, de gestion, de suivi et de déclaration des risques auxquels ils sont ou pourraient être exposés, d'un dispositif adéquat de contrôle interne, de procédures administratives et comptables saines et de politiques et pratiques de rémunération permettant et favorisant une gestion saine et efficace des risques* ». Le dispositif de gouvernance mentionné fait également l'objet du contrôle exercé par les autorités de tutelle, devant être adapté « *à la nature, à l'échelle et à la*

³²⁶ Art. L 511-41 du Code monétaire et financier. Pour le droit belge : Voir art. 21 § 1^{er} de la nouvelle loi bancaire du 25 avril 2014, précitée : « Tout établissement de crédit doit disposer d'un dispositif solide et adéquat d'organisation d'entreprise, dont des mesures de surveillance, en vue de garantir une gestion efficace et prudente de l'établissement, reposant notamment sur :

1° une structure de gestion adéquate basée, au plus haut niveau, sur une distinction claire entre la direction effective de l'établissement d'une part, et le contrôle sur cette direction d'autre part, et prévoyant, au sein de l'établissement, une séparation adéquate des fonctions et un dispositif d'attribution des responsabilités qui est bien défini, transparent et cohérent;

2° une organisation administrative et comptable et un contrôle interne adéquats, impliquant notamment un système de contrôle procurant un degré de certitude raisonnable quant à la fiabilité du processus de reporting financier ;

3° des procédures efficaces d'identification, de mesure, de gestion, de suivi et de reporting interne des risques auxquels l'établissement est susceptible d'être exposé, y compris la prévention des conflits d'intérêts;

4° des fonctions d'audit interne, de gestion des risques et de conformité (compliance) indépendantes adéquates;

5° une politique d'intégrité adéquate;

6° une politique de rémunération assurant une gestion saine et efficace des risques, prévenant la prise de risques excédant le niveau de tolérance fixé par l'établissement;

7° des mécanismes de contrôle et de sécurité dans le domaine informatique appropriés aux activités de l'établissement;

8° un système adéquat d'alerte interne prévoyant notamment un mode de transmission spécifique, indépendant et autonome, des infractions aux normes et aux codes de conduite de l'établissement;

9° la mise en place de mesures adéquates de continuité de l'activité afin d'assurer le maintien des fonctions critiques ou leur rétablissement le plus rapidement possible ainsi que, sans préjudice des exigences particulières en matière de services et activités d'investissement, la reprise dans un délai raisonnable de la fourniture des services habituels et de l'exercice des activités normales" ; Voir également art. 94. § 1^{er} aux termes duquel : « Les établissements de crédit doivent disposer d'une politique concernant leurs besoins en fonds propres et en liquidité qui soit appropriée aux activités qu'ils exercent ou entendent exercer.

complexité des risques inhérents au modèle d'entreprise et aux activités de l'établissement de crédit ou de la société de financement »³²⁷.

Par conséquent, l'objet de la surveillance prudentielle de la gestion financière des établissements de crédit concerne les aspects suivants :

a) La solvabilité des banques, mesurée sur la base des ratios de fonds propres

164. Adéquation des fonds propres. En application des normes de Comité de Bâle et de la législation européenne et nationale, les autorités de surveillance compétentes au niveau national et européen³²⁸ évaluent et contrôlent la couverture en fonds propres³²⁹ de l'ensemble des risques significatifs³³⁰ encourus par les établissements de crédit. En France, en vertu de l'article L 612-1, 2° du Code monétaire et financier, l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution (ACPR) est autorisée d'exercer une surveillance permanente de la situation financière, en contrôlant notamment le respect de leurs exigences de solvabilité³³¹.

165. Fonds propres et ratio de solvabilité. Les fonds propres sont les ressources stables dont disposent les banques, permettant d'absorber les pertes imprévues qui ne sont couvertes ni par les provisions, ni par la tarification des produits, ni par les marges bénéficiaires. Par conséquent, ils assurent la continuité des établissements considérés et protègent les investisseurs. En outre, ces fonds doivent servir de couverture ultime en cas de liquidation d'une banque et contribuer ainsi, de manière générale, à la stabilité du système financier. Pour les autorités de surveillance, ils constituent un critère important, en particulier aux fins de l'évaluation de la solvabilité des entités bancaires. Une fois établis de manière uniforme, les fonds propres sont utilisés pour dégager un ratio de solvabilité pour chaque banque. Ce ratio représente le résultat de la division effectuée entre le montant des fonds propres et le montant des engagements de la banque³³². Aux termes de l'article L. 511-41-1 C du Code monétaire et

³²⁷ Art. L 511-55 du Code monétaire et financier ».

³²⁸ Voir *infra* n° 189 à 212.

³²⁹ Les fonds propres sont régis par ce qu'on appelle communément les Accords de Bâle III et par le paquet « CRD IV » qui transpose dans le cadre législatif européen les normes édictées par le Comité de Bâle. Ce dernier est entré en vigueur le 17 juillet 2013. Il est composé de la directive dite « CRD IV » (2013/36/UE du 26 juin 2013) précitée, et du règlement dit CRR (n° 575/2013 du 26 juin 2013), précité. Le règlement est directement applicable depuis le 1^{er} janvier 2014 ; Sur cette réglementation européenne et nationale voir *infra* n° 238 à 248.

³³⁰ En application de l'art. L 511-41-1 B du Code monétaire et financier « ces risques incluent notamment le risque de crédit et de contrepartie, y compris le risque résiduel, le risque de concentration lié aux expositions sur des contreparties, le risque généré par les opérations de titrisation, les risques de marché, les risques de variation des taux d'intérêt, le risque opérationnel, le risque de liquidité et le risque de levier excessif. »

³³¹ Voir notamment art. L. 511-41-1 C et Art. L. 511-41-3 du Code monétaire et financier (Ord. no 2014-158 du 20 févr. 2014, art. 3); Les compétences de l'ACPR seront modifiées par l'entrée en application du mécanisme européen de surveillance ; Voir *infra* n° 189 à 212 ; Pour le droit belge : Voir art. 55, art. 95 à 96 (exigences de fonds propres de base de catégorie 1), art. 142 et 143 § 1^{er}, 4°, art. 144 (pour le contrôle des approches internes) et art. 149 (pour les exigences en fonds propres supplémentaires) de la nouvelle loi bancaire du 25 avril 2014 et l'Annexe I de la même loi.

³³² Voir Y. BOUDGHENE et E. DE KEULENEER, *Pratiques et techniques bancaires, op. cit.*, pp. 208-224 ; Il convient d'observer que la fixation des normes de base communes en matière de fonds propres est censée prévenir les distorsions de concurrence dans un marché globalisé.

financier, l'ACPR contrôle et évalue « *la qualité des approches internes mises en œuvre pour le calcul des exigences de fonds propres* » par les établissements de crédit, « *en s'assurant notamment que ceux-ci ne s'appuient pas exclusivement ou mécaniquement sur les notations de crédit externes* ». Si l'Autorité de tutelle constate une sous-estimation de fonds propres, elle peut exiger des fonds propres supplémentaires, ainsi que des mesures correctrices³³³.

b) Le contrôle des grands risques

166. Grands risques. Parler de la supervision en matière de grands risques revient à évoquer le proverbe populaire selon lequel « *il ne faut pas mettre tous les œufs dans le même panier* »³³⁴. Transposé au secteur bancaire, ce proverbe signifie qu'il vaut mieux diviser les

³³³ Art. L. 511-41-3 du Code monétaire et financier : « I.- L'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution peut enjoindre (...) toutes mesures destinées à restaurer ou renforcer sa situation financière ou de liquidité, à améliorer ses méthodes de gestion ou à assurer l'adéquation de son organisation à ses activités ou à ses objectifs de développement, ou lorsque les informations reçues ou demandées par l'Autorité pour l'exercice du contrôle sont de nature à établir que cette personne est susceptible de manquer dans un délai de douze mois aux obligations prévues par le règlement (UE) n° 575/2013 du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013, par une disposition du présent titre et du titre III du présent livre ou d'un règlement pris pour son application ou par toute autre disposition législative ou réglementaire dont la méconnaissance entraîne celle des dispositions précitées.

II.- L'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution peut également exiger que l'entreprise détienne des fonds propres d'un montant supérieur au montant minimal prévu par la réglementation applicable et exiger l'application aux actifs d'une politique spécifique de provisionnement ou un traitement spécifique au regard des exigences de fonds propres.

L'Autorité impose l'exigence de fonds propres supplémentaire prévue à l'alinéa précédent, notamment dans l'un des cas suivants :

1° L'entreprise ne dispose pas de processus adaptés pour conserver en permanence le montant, le type et la répartition de capital interne qu'elle juge appropriés ni de processus efficaces de détection, de gestion et de suivi de ses risques ;

2° Des risques ou des éléments de risques ne sont pas couverts par les exigences de fonds propres fixées par le règlement (UE) n° 575/2013 du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 ou par les obligations de fonds propres supplémentaires mentionnées aux articles L. 511-41-1 A ou L. 533-2-1 ;

3° L'Autorité estime que la mise en œuvre d'autres mesures ne serait pas susceptible d'améliorer suffisamment les dispositifs, mécanismes et stratégie de l'entreprise dans un délai approprié ;

4° Il ressort du contrôle et de l'évaluation de la situation prudentielle de l'entreprise que le non-respect des exigences régissant l'utilisation des approches internes d'évaluation des risques, prévues par le règlement (UE) n° 575/2013 du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013, risque d'entraîner des exigences de fonds propres inadéquates ;

5° Les risques sont susceptibles d'être sous-estimés, en dépit du respect des exigences prévues par le règlement (UE) n° 575/2013 du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 ;

6° L'entreprise déclare à l'autorité compétente, conformément au paragraphe 5 de l'article 377 du règlement (UE) n° 575/2013 du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013, que les résultats des tests de résistance mentionnés à cet article dépassent significativement les exigences de fonds propres pour le portefeuille de négociation de corrélation.

III.- Lorsque la solidité de la situation financière d'un établissement de crédit, d'une entreprise d'investissement ou d'une société de financement est compromise ou susceptible de l'être, l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution peut exiger de l'entreprise en cause qu'elle :

1° Affecte tout ou partie de ses bénéfices nets au renforcement de ses fonds propres ;

2° Limite la rémunération variable sous forme de pourcentage du total des revenus nets ;

3° Publie des informations supplémentaires. ».

³³⁴ Voir R. RINI, *op. cit.*, p. 14.

grands risques en plusieurs risques moindres, et donc plus acceptables, car plus faciles à couvrir en cas de défaillance. Cependant, si cette division n'est pas possible, en vertu de l'article 394 du règlement CRR³³⁵ les banques sont tenues de déclarer auprès de l'autorité de tutelle compétente leurs grands risques. C'est l'article 392 du même règlement qui harmonise la notion, précisant que « *l'exposition d'un établissement sur un client ou un groupe de clients liés est considérée comme un grand risque lorsque sa valeur atteint ou dépasse 10 % des fonds propres éligibles de l'établissement* ». On constate que la définition est similaire à celle qu'on avait déjà en droit français. L'article 1.2 du Règlement CRBF n° 93-05 du 21 décembre 1993 entendait par grands risques « *l'ensemble des risques nets pondérés encourus du fait des opérations avec un même bénéficiaire au sens de l'article 3 du présent règlement lorsque cet ensemble excède 10 % des fonds propres de l'établissement de crédit assujetti* »³³⁶. Le contrôle prudentiel en la matière est assuré par l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution, héritière de la Commission Bancaire³³⁷. Mais c'est l'Autorité bancaire européenne qui doit élaborer les projets de normes techniques d'exécution pour préciser la forme, la fréquence et les modalités techniques de la déclaration des grands risques.

c) Le contrôle de tous les types de risques

167. Contrôle de tous les risques importants. La supervision bancaire ne se limite pas aux deux domaines susvisés. Aux termes de l'article L 511-41-1-C du Code monétaire et financier, l'ACPR « évalue et contrôle les dispositifs, stratégies et procédures mis en œuvre par les établissements de crédit et les sociétés de financement pour détecter, mesurer et gérer » les risques de crédit et de contrepartie, y compris le risque résiduel, le risque de concentration lié aux expositions sur des contreparties, le risque généré par les opérations de titrisation, les risques de marché, les risques de variation des taux d'intérêt, le risque opérationnel, le risque de liquidité et le risque de levier excessif³³⁸.

168. Contrôle du risque opérationnel³³⁹. En ce qui concerne le risque opérationnel, l'article 85 de la directive « CRD IV »³⁴⁰ prévoit que : « Les autorités compétentes veillent à ce que les établissements mettent en œuvre des politiques et processus pour évaluer et gérer leur exposition au risque opérationnel, y compris au risque lié au modèle, et pour couvrir les événements à faible fréquence mais à fort impact. Les établissements précisent, aux fins de

³³⁵ Règlement n° 575/2013 du 26 juin 2013, précité.

³³⁶ Le règlement (UE) n° 575/2013 du 26 juin 2013, précité, dispose que « La Commission devrait revoir les exemptions applicables aux grands risques le 31 décembre 2015 au plus tard. ».

³³⁷ Jusqu'à l'entrée en application du règlement (UE) n° 1024/2013 du Conseil du 15 octobre 2013 confiant à la Banque centrale européenne des missions spécifiques ayant trait aux politiques en matière de contrôle prudentiel des établissements de crédit.

³³⁸ Art. L 511-41-1 B du Code monétaire et financier.

³³⁹ En France, voir art. L 511-41-1-B du Code monétaire et financier ; En Belgique, voir art. 142 et 143 de la nouvelle loi bancaire du 25 avril 2014.

³⁴⁰ Directive 2013/36/UE du 26 juin 2013 précitée.

ces politiques et procédures, ce qui constitue un risque opérationnel. » Elles « veillent à l'existence de plans d'urgence et de poursuite de l'activité visant à assurer la capacité des établissements à limiter les pertes et à ne pas interrompre leur activité en cas de perturbation grave de celle-ci ».

169. Contrôle de la gestion des risques et la jurisprudence de l'ACPR. Dans ce contexte de surveillance accrue, l'ACPR s'assure que les établissements bancaires ont mis en place un dispositif adéquat du contrôle interne des risques. En effet, l'analyse de sa jurisprudence est révélatrice car sur 15 décisions rendues entre décembre 2011 et juin 2013, 8 décisions concernent le contrôle interne en général³⁴¹. Dans ce contexte, il serait utile de signaler notamment la condamnation d'UBS France qui a reçu en juin 2013 un blâme et une sanction pécuniaire de 10 millions d'euros pour divers manquements à la réglementation en matière de contrôle interne et de gestion de risque de non-conformité³⁴².

d) Le contrôle du coefficient de liquidité

170. Contrôle de la liquidité dans le contexte de la crise financière. Les effets dévastateurs du risque de liquidité, illustrés on ne peut mieux par la crise qui s'est amorcée en 2007, ont déterminé le régulateur international,³⁴³ repris par la législation européenne³⁴⁴ et nationale³⁴⁵

³⁴¹ Autorité de contrôle prudentiel, Commission de sanctions, Recueil de jurisprudence, <http://www.acpr.banque-france.fr/commission-des-sanctions/recueil-de-jurisprudence.html> (consultée le 28 septembre 2013).

³⁴² ACP, Commission des sanctions, n° 2012-03 du 25 juin 2013 à l'égard d'UBS (France) SA (risque de non-conformité) ; la décision est rendue en considération de l'art. 11 du règlement 97-02 qui « fait obligation aux banques de désigner « un responsable chargé de veiller à la cohérence et à l'efficacité du contrôle du risque de non-conformité », lequel est défini au premier paragraphe de l'art. 4 comme « le risque de sanction judiciaire, administrative ou disciplinaire, de perte financière significative ou d'atteinte à la réputation, qui naît du non-respect de dispositions propres aux activités bancaires et financières, qu'elles soient de nature législative ou réglementaire, ou qu'il s'agisse de normes professionnelles ou déontologiques, ou d'instructions de l'organe exécutif prises notamment en application des orientations de l'organe délibérant » ; que cette disposition implique non seulement qu'un tel responsable soit désigné, mais que l'organisation mise en place à cette occasion permette l'exercice effectif de cette responsabilité ».

³⁴³ Dans le contexte de la crise, en 2008 le Comité de Bâle a élaboré ses Principes de saine gestion et de surveillance du risque de liquidité, consultable à l'adresse http://www.bis.org/publ/bcbs144_fr.pdf, qui constituent le fondement de son dispositif de liquidité. Ces principes ont été développés ensuite dans le troisième accord de Bâle (BCBS, Basel III : International framework for liquidity risk measurement, standards and monitoring) qui a été publié le 16 décembre 2010. Cela constitue une avancée majeure dans l'harmonisation des règles prudentielles au niveau international puisque c'est la première fois que le Comité de Bâle émet des standards quantitatifs en matière de liquidité. Il avait jusqu'ici produit uniquement des principes qualitatifs pour une saine gestion du risque de liquidité (revus en 2008). On y trouve un ensemble des recommandations détaillées sur la gestion et le suivi du risque de liquidité de financement, qui devraient contribuer à promouvoir une meilleure gestion des risques dans ce domaine essentiel.

³⁴⁴ Le paquet législatif « CRD IV » composé de la directive 2013/36/UE précitée et du règlement (UE) n° 575/2013 précité.

³⁴⁵ Les Etats membres de L'Union européenne devaient transposer la directive 2013/36/UE précitée au plus tard le 31 décembre 2013 ; En France, la transposition a été achevée par l'ordonnance n° 2014-158 du 20 févr.

d'imposer un contrôle prudentiel renforcé pour « avoir l'assurance que les banques sont dotées d'une stratégie de gestion de la liquidité adaptée à leur profil de risque, et de politiques et procédures prudentes pour identifier, mesurer, suivre et contrôler le risque de liquidité, et gérer leurs liquidités. »³⁴⁶ Les autorités de contrôle bancaire « doivent veiller à ce que les banques disposent de plans d'urgence pour faire face aux problèmes de liquidité »³⁴⁷.

171. Nouvelles mesures de suivi de la liquidité. En effet, les perturbations économiques et financières des dernières années ont montré que la condition *sine qua non* de l'efficacité des principes énoncés en matière de liquidité³⁴⁸ réside précisément dans leur application uniforme et le suivi rigoureux des mesures prises par les banques. C'est ce qui explique l'adoption au niveau international du troisième accord de Bâle et du paquet législatif « CRD IV » au niveau européen, ainsi que la refonte de la surveillance bancaire et financière dans l'Union Européenne. Suite à ce nouvel arsenal juridique, le contrôle de l'ACPR est renforcé, celle-ci pouvant désormais soumettre les établissements de crédit à une exigence spécifique de liquidité.

172. Rien de nouveau sous le soleil. Il convient de préciser que le coefficient de liquidité faisait déjà partie du périmètre de contrôle des autorités de tutelle française bien avant 2008³⁴⁹. Le règlement n° 88-01 du 1988, modifié à plusieurs reprises imposait un ratio de source française et non pas internationale ou communautaire. Il contenait déjà les prémisses de la réglementation bâloise, contenant le besoin de vérifier le rapport entre : les disponibilités et les concours dont l'échéance est à court terme et les exigibilités à court terme.

2014 entraînant la modification du Code monétaire et financier; En Belgique, la transposition a été faite via la nouvelle loi bancaire relative au statut et au contrôle des établissements de crédit du 25 avril 2014, précitée.

³⁴⁶ BRI, Comité de Bâle, *Principes fondamentaux*, 2006 : principe n° 14.

³⁴⁷ *ibidem*.

³⁴⁸ Le Comité de Bâle a imposé deux normes minimales applicables à la liquidité de financement poursuivant deux finalités distinctes, mais complémentaires. La première norme est le ratio de liquidité à court terme (LCR, Liquidity Coverage Ratio) dont l'objectif est de favoriser la résilience d'une banque à court terme face à un problème grave de liquidité, en veillant à ce que celle-ci dispose de suffisamment d'actifs liquides de haute qualité pour surmonter une grave crise qui durerait un mois³⁴⁸. La seconde norme est celle de ratio structurel de liquidité à long terme (Net Stable Funding Ratio, NSFR) qui a été conçue dans le but d'assurer résilience d'une banque à plus long terme (sur une période d'un an).

³⁴⁹ Arrêté du 5 mai 2009 relatif à l'identification, la mesure, la gestion et le contrôle du risque de liquidité (applicable au 30 juin 2010) ; Règlement n° 88-10 du 29 juillet 1988 relatif à la liquidité des établissements dont l'ensemble de l'activité s'exerce dans les départements, territoires et collectivités territoriales d'outre-mer ; Règlement n° 88-01 du 22 février 1988 relatif à la liquidité.

2. La déontologie professionnelle

173. Ethique financière. La surveillance prudentielle a été étendue ces dernières années aux règles d'éthique financière. Les autorités de contrôle bancaire vérifient si les banques disposent de politiques et procédures appropriées, comprenant des critères rigoureux de connaissance de la clientèle, garantissant un haut degré d'éthique et de professionnalisme dans le secteur financier et empêchant que la banque ne soit utilisée, intentionnellement ou non, dans le cadre d'activités criminelles. Ce contrôle vise notamment les obligations de vigilance et de diligence des banquiers en matière de sécurité financière (lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme, le respect des embargos financiers) la prévention des conflits d'intérêts, l'éthique professionnelle liée au respect des dispositions en matière de secret bancaire et professionnel et la corruption³⁵⁰.

174. Protection des clients. Aux termes de l'article L. 612-1 du Code monétaire et financier l'ACPR « *veille à la préservation de la stabilité du système financier et à la protection des clients, assurés, adhérents et bénéficiaires des personnes soumises à son contrôle* ». Cette mission de contrôle sera pleinement exploitée une fois entré en vigueur le mécanisme européen de surveillance unique, car elle sera à partir de 2014 l'une des principales compétences exclusives des autorités nationale de contrôle. De surcroît, elle touche au fond de notre étude, en montrant l'importance des risques juridiques qui peuvent faire l'objet d'une surveillance accrue de la part du superviseur national à double titre : en tant que risques opérationnels et en tant que pratiques commerciales portant atteinte aux clients. En France, la mission de protection de la clientèle de l'ACPR comporte trois volets : le contrôle proprement-dit des pratiques commerciales des banques, sur pièces et sur place, le traitement des réclamations de la clientèle et la veille sur les campagnes publicitaires bancaires. Dans le contexte de la commercialisation des produits complexes, ainsi que le développement de la distribution mixte des produits d'assurance et de banque la nouvelle loi de séparation et régulation des activités bancaires a introduit un nouveau article L612-47 dans le Code monétaire et financier, donnant une base légale au pôle commun ACPR-AMF, créé depuis 2010 afin d'optimiser la protection des clients en matière de commercialisation des produits financiers³⁵¹.

Soulignons qu'une mission identique est confiée, en Belgique, à l'Autorité des services et marchés financiers³⁵² et, au niveau européen, aux trois Autorités européennes de supervision, par les règlements européens qui les ont instituées³⁵³.

³⁵⁰ Comme nous l'avons présenté dans la section dédiée à l'obligation de conformité, les principaux textes internationaux ont été élaborés par le Groupe d'Action financière (GAFI) et le Comité de Bâle.

³⁵¹ Communiqué AMF, 3^e avril 2010, *Lamy Droit du financement*, 2010, n° 1025 ; Voir MAURIES, « Le pôle commun ACP-AMF est né », *Lamy droit des affaires*, juin 2010.

³⁵² Voir *infra* n° 182.

³⁵³ Voir *infra* n° 203 et ss. ; De plus, la Commission européenne a proposé plusieurs projets de directives et règlements en matière de protections des consommateurs financiers :

B. Les objectifs

175. Contexte. La surveillance est née de la réglementation imposée par les catastrophes économiques et sociales provoquées par les faillites bancaires de la Grande Dépression qui a mis en cause les principes libéraux qui prônaient les avantages de l'autorégulation.³⁵⁴ Les enjeux fondamentaux de la surveillance bancaire³⁵⁵ sont indiscutablement à la crise de 1929-1935, qui a été assimilée à un véritable « *tremblement de terre* »³⁵⁶. L'histoire semble se répéter et la crise déclenchée en 2007 a suscité une nouvelle vague de régulation et un renforcement des autorités de contrôle au niveau national et européen. De nos jours, les finalités de la supervision bancaire et financière n'ont guère changé et elles concernent : la protection des créanciers et utilisateurs du système financier³⁵⁷, le bon fonctionnement et la stabilité du système financier et la confiance du public dans le système financier.

176. Pertinence du sujet. Ces objectifs reflètent en effet la finalité même de la bonne gestion des risques et c'est précisément la raison pour laquelle nous souhaitons les aborder. Dans ce contexte nous verrons qu'en France la réforme des autorités de contrôle bancaire a été précédée par un rapport sur le respect des obligations professionnelles des banquiers à l'égard de leur clientèle. Cela montre l'étroite liaison entre la problématique de la supervision et la gestion des risques juridiques.

- en juillet 2012 elle a publié une proposition du règlement sur les produits d'investissement de détail packagés (règlement « PRIps ») afin d'assurer une protection efficace des investisseurs de détail, voir en ce sens European Commission, Proposal for a regulation on a new Key Information Document for investment products du 03 juillet 2012, voir aussi la Communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil concernant les produits d'investissement de détail, COM(2009) 204 du 30 avril 2009 ; Le règlement en cours d'élaboration ne portera que sur les exigences d'information. Les règles de commercialisation (devoir de conseil, conflits d'intérêt, rémunération, etc.) seraient mises en place dans le cadre de la révision des directives marchés d'instruments financiers et intermédiation en assurance.

- le 3 juillet 2012 la Commission a adopté une proposition de révision de la directive sur l'intermédiation en assurance (Insurance Mediation Directive -IMD 2) dont l'objectif est d'améliorer la protection des consommateurs dans le secteur de l'assurance en créant des normes communes en matière de vente de produits d'assurance et en garantissant des conseils appropriés

- le 31 mars 2011 la Commission a adopté une proposition de directive sur les contrats de crédit relatifs aux biens immobiliers à usage résidentiel, voir la communication COM(2011)142.

³⁵⁴ Pour l'histoire de la naissance de la réglementation prudentielle au niveau international, voir O. BROSSARD, H. CHETIOUI, « Histoire longue : la naissance de la réglementation prudentielle, 1800-1945 », *Rev. éco. fin.*, n° 73, 4-2003.

³⁵⁵ Voir en ce sens H. BONIN, *op. cit.*, pp. 81-96 ; J. COUPPEY-SOUBEYRAN, *op. cit.* ; R. RINI, *op. cit.*, 456

³⁵⁶ H. BONIN, *op. cit.*, p. 89 : « Il a fallu le tremblement de terre bancaire et financier de 1929-1935 pour que le balancier des valeurs et des groupes de représentation d'intérêts penche vers des mesures radicales de régulation systémique. L'axe des réformes est tracé : il faut bâtir une architecture prudentielle permettant d'assurer une surveillance préventive et structurelle à la fois. La prévention suppose une meilleure transparence des bilans, des engagements, des risques multiples sur un même client, d'où des autorités mobilisant des experts pour suivre les comptes des établissements, voire des « descentes » pour vérifier les livres des comptes. L'on esquisse des méthodes d'évaluation des ratios de liquidité et de solvabilité. »

³⁵⁷ C'est le premier objectif historique de la régulation et de la supervision du secteur financier. Il s'agit de protéger les déposants, les créanciers et in fine les « consommateurs » des services bancaires, clients, usagers ou épargnants ; voir B. DELETRE, J. AZOULAY, P. DUGOS, *Rapport de la mission de réflexion et de propositions sur l'organisation et le fonctionnement de la supervision des activités financières en France*, Rapport n° 209-M-040-03, Inspection des finances, juillet 2009.

1. La protection des créanciers et utilisateurs du système financier

177. Surveillance et protection des clients et créanciers. Tant en France qu'ailleurs en Europe la protection des clients bancaires est devenue une préoccupation majeure des régulateurs et des autorités de supervision bancaire. Dans ce contexte il est révélateur de montrer que, dans l'Hexagone, le ministre de l'Économie, de l'Industrie et de l'Emploi a demandé en 2009 à l'Inspection générale des finances de mener une mission de réflexion et de propositions relative au contrôle du respect des obligations professionnelles des établissements de crédits à l'égard de leur clientèle dans le but d'améliorer par la suite la supervision bancaire en la matière. Donc la protection de la clientèle s'avère être la voie d'entrée de nouvelles règles en matière de surveillance. C'est ainsi qu'est né le rapport coordonné par Bruno Deletré, Inspecteur général des finances, qui partage d'ailleurs les préconisations issues d'un rapport précédent, relatif à la commercialisation des produits financiers, présenté par Jacques Delmas-Marsalet en novembre 2005³⁵⁸. Le rapport Deletré, préconise de « *développer la supervision de la conduite des affaires et d'en faire un objectif en soi, notamment en généralisant les dispositifs de veille et d'observatoire des pratiques commerciales et en instituant des échanges d'information réguliers entre superviseurs et dispositifs de médiation* ». ³⁵⁹ Par voie de conséquence, en vertu de l'article L 612-1 du Code monétaire et financier, l'Autorité de contrôle prudentiel a été chargée, dès 2010, de veiller au respect, par les personnes soumises à son contrôle, des règles destinées à assurer la protection de leur clientèle. Rebaptisée en 2013, la nouvelle Autorité de contrôle prudentiel et de résolution ne perd pas ses prérogatives en la matière. L'autorité veille également à l'adéquation des moyens et procédures mis en œuvre pour respecter le livre I^{er} du code de la consommation par les établissements qui se trouvent sous sa tutelle. L'article L 612-29-1 du Code monétaire et financier vient préciser le rôle de l'ACPR dans le cadre de sa mission de protection des clients des établissements bancaires. En matière de commercialisation et de protection de la clientèle, l'Autorité est habilitée à vérifier la compatibilité avec les dispositions législatives et réglementaires des codes de bonne conduite élaborés par les associations professionnelles, à formuler des recommandations³⁶⁰ de bonnes pratiques professionnelles et même à demander à des associations professionnelles de lui faire des propositions dans ces matières. L'Autorité publie un recueil de l'ensemble des codes de conduite, règles professionnelles et autres bonnes pratiques constatées ou recommandées dont

³⁵⁸ Les rapports visent un thème similaire, mais le périmètre est différent : le rapport Delmas-Marsalet visait notamment les produits financiers d'épargne, alors que le rapport Deletré a été étendu l'approche à l'ensemble des produits et services financiers, bancaires ou d'assurance.

³⁵⁹ Rapport DELETRE précité.

³⁶⁰ A titre d'exemple: recommandation n° 2010-R-1 du 15 octobre portant sur les contrats d'assurance-vie en unités de compte constitués d'instruments financiers complexe, *Registre officiel* du 18 octobre 2010 ; recommandation n° 2011-R-01 du 26 janvier 2011 portant sur la gestion par les établissements de crédit des comptes mandats des syndicats de copropriété, *Registre officiel* du 15 février 2011 ; recommandation n° 2011-R-02 du 23 mars 2011 sur la publicité des contrats d'assurance vie en unités de compte composées de titres obligataires et autres titres de créances, *Registre officiel* du 25 mars 2011 ; Voir également P.-G. MARLY, « Du pouvoir de recommandation de l'ACP », *RTDF* 2010, n° 3, p. 113 ; T. BONNEAU, « L'ACP et les pratiques contra legem des syndicats de copropriété », *JCP E* 2011, n° 11, p. 45.

elle assure le respect. Le ministre de l'économie peut demander à l'ACPR de vérifier le respect des engagements pris par les associations professionnelles représentant les intérêts des banquiers. Les résultats de cette vérification font l'objet d'un rapport que l'Autorité remet au ministre et au Comité consultatif du secteur financier. Ce rapport mentionne, engagement par engagement, la proportion des professionnels concernés qui les respecte.

2. La protection du bon fonctionnement du système financier

178. Surveillance renforcée et séparation des activités bancaires. De point de vue de l'histoire de la réglementation bancaire, la protection du bon fonctionnement du système bancaire est passée par le renforcement du contrôle bancaire et la segmentation des activités bancaires. Dans le contexte de la Grande Dépression, les banques ont été spécialisées : aux Etats-Unis « *la "bible" fondatrice est bien sûr la loi Glass-Steagall américaine de 1933, qui se prolonge jusqu'en 1999 et qui établit une réglementation rigoureuse, avec des catégories bien identifiées : investment banks, commercial banks, brokerage houses.* »³⁶¹ Suivant l'exemple américain, la Belgique, l'Italie, la Suisse et plus tard la France ont adopté elles aussi des règles de spécialisation. A l'époque, la segmentation des métiers était aperçue comme « *la règle pour une bonne maîtrise des risques de crédit, de marché ou de réputation* »³⁶². Cependant, ces méthodes ont été abandonnées dans les années 80 au profit du modèle de la banque universelle. C'est la crise qui a débuté en 2007 qui a rouvert à l'échelon national, européen et international, le débat sur la séparation des activités bancaires et financières, ainsi que le renforcement des autorités de surveillance. C'est dans ce cadre que la nouvelle loi de séparation et de régulation des activités bancaires a été adoptée en juillet 2013³⁶³ en France et que la Grande Bretagne s'est dotée dès décembre 2013 d'une importante réforme bancaire dans la lignée du rapport Vickers, instituant la séparation structurelle entre la banque de détail et celle d'investissement³⁶⁴. Au plan international, il convient de citer la nouvelle réglementation américaine, la *Volcker rule*, entrée en vigueur en juillet 2012, qui « *interdit aux institutions de dépôt bénéficiant d'une garantie fédérale et à leurs filiales de s'engager dans des opérations de trading pour compte propre de court terme portant sur des actions, des produits dérivés et certains autres instruments financiers. Il leur est également interdit de détenir un hedge fund ou un fond de private equity ou d'entretenir certaines relations avec de telles entités* »³⁶⁵. Quant aux initiatives européennes, de nombreuses réformes ont été engagées depuis la crise. En matière de séparation des activités, la Commission européenne, suivant les recommandations du rapport Liikane³⁶⁶, vient d'adopter une proposition de règlement.

³⁶¹ H. BONIN, *op. cit.*, p.90.

³⁶² *Idem*, p. 91.

³⁶³ Loi n°2013-672 du 26 juillet 2013.

³⁶⁴ <https://www.gov.uk/government/news/banking-reform-act-becomes-law> (page consultée en mars 2014).

³⁶⁵ Th. BONNEAU, « Séparation et régulation des activités bancaires. Commentaire des titres 1, 4, 5 et 8 de la loi du 26 juillet 2013 », *op. cit.* ; D. N. LAMSON, « The Volcker Rule : an overview and lessons learned from non-US reform efforts », *RD bancaire et fin.* 2013, dossier 39.

³⁶⁶ *ibidem*

Concrètement, la proposition s'adresse aux principaux établissements de crédit et comporte deux contraintes majeures : l'interdiction de la négociation pour compte propre et le transfert de certaines activités risquées à des entités distinctes³⁶⁷. En ce qui concerne le contrôle des établissements de crédit, l'Union européenne s'est dotée d'un nouveau système de supervision financière, comportant un volet macro-prudentiel et un volet micro-prudentiel, complété par un mécanisme européen de surveillance unique, dirigé par la Banque Centrale Européenne (BCE)³⁶⁸.

Par conséquent les crises bancaires mettent en lumière l'importance de la réglementation et de la surveillance des établissements financiers qui peuvent être les victimes des « *bank runs* », des ruées des clients aux guichets. Or la dernière crise a mis en lumière de graves lacunes dans la surveillance financière. Il n'y a eu aucune anticipation de l'évolution macro-prudentielle défavorable, ni de l'accumulation de risques excessifs dans le système financier.

En outre, la réglementation et la surveillance bancaire lutte contre le risque systémique, c'est-à-dire contre le risque que la défaillance d'une banque ne se propage à l'ensemble du système, par contagion. Ce risque est une conséquence de l'interdépendance des établissements bancaires et peut affecter le fonctionnement de paiement et de financement avec des effets désastreux à l'échelle de l'économie entière.

3. La confiance du public dans le système

179. Surveillance et confiance. La réglementation et la surveillance protègent les banques contre le manque de confiance de la clientèle. Les effets indésirables de la perte de confiance se traduisent dans des pertes financières et un manque à gagner. La protection de la confiance des consommateurs passe par des normes en matière d'éthique professionnelle, sécurité financière et intégrité des marchés. Son corollaire est la réputation de la place financière nationale à l'échelle internationale. Le développement des codes déontologiques de la profession est un symptôme de la quête de la confiance du public. C'est également un phénomène qui relève l'appétit des banques pour l'autorégulation. Les autorités de tutelle surveillent cette activité. En France, en application de l'article L613-33 du Code monétaire et financier, l'ACPR « *veille également au respect des règles de bonne conduite de la profession bancaire* » et l'AMF a les mêmes compétences pour les banques au titre de leurs activités de fourniture de services d'investissement.

³⁶⁷ Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à des mesures structurelles améliorant la résilience des établissements de crédit de l'UE, COM(2014)43 final, 29 janv. 2014; A. GOURIO et L. THEBAULT, « Séparation des activités : le projet européen », *RD bancaire et fin.* n° 2, mars 2014, comm. 69.

³⁶⁸ TH. BONNEAU, « Mécanisme de surveillance unique et Union bancaire », *JCP E*, 2012, 1646.

§2. L'organisation de la surveillance des banques

180. Modèles de supervision. Il existe plusieurs modèles de supervision. Classiquement on distingue la supervision intégrée, la supervision sectorielle et la supervision par objectifs. Il y a également une approche macro-prudentielle et respectivement micro-prudentielle. La littérature spécialisée montre les avantages et les limites de chacune de ces conceptions différentes de la supervision.³⁶⁹ Le système de supervision strictement sectoriel et national a montré ses limites notamment pendant la crise des *subprimes*.

181. La supervision en France. En France avant la réforme de 2010 il y avait plusieurs autorités de tutelle, mais la crise a montré le besoin d'une refonte du système. Le rapport annuel de la Cour des Comptes de 2008 a montré du doigt les dysfonctionnements des autorités de tutelle qui devaient contrôler des produits qui ne pouvaient plus être clairement distingués. Le rapport Delétré de 2009 a recommandé la fusion des autorités d'agrément et de contrôle de banque et d'assurance et le maintien de deux autorités distinctes : l'une en charge des marchés et l'autre en charge du contrôle prudentiel des entités réglementées. La doctrine avait montré les limites du système depuis des années. C'est le cas notamment du professeur Marie-Anne Frison-Roche selon laquelle la finance « *aboutit à faire quasiment fusionner les produits d'assurance qui fonctionnent comme des produits financiers, les assureurs proposant des produits d'assurance qui fonctionnent comme des produits financiers, dans le même temps que les produits financiers dérivés sont eux-mêmes conçus comme des instruments de couverture de risques*³⁷⁰ ».

La réforme de 2010 a consacré le mouvement croissant de fusion organique des différentes autorités de contrôle sectoriel, suivant de près le rapport Deletré, sans pour autant embrasser la conception intégrée³⁷¹. La France a opté en 2010 pour une structure binaire. Ainsi, face à l'interdépendance des activités bancaires et d'assurance, il a été convenu de créer une nouvelle Autorité de contrôle prudentiel (ACP)³⁷², issue de la fusion entre les autorités d'agrément³⁷³ et de contrôle³⁷⁴ des secteurs de la banque et de l'assurance. Etant donné les particularités des marchés financiers, aux côtés de l'ACP est maintenue l'AMF. La construction française est à mi-chemin entre la conception intégrée et la conception par objectifs, car il y a une intégration des secteurs bancaires et de l'assurance, mais le secteur des marchés financiers relève, en revanche, de la compétence d'une autre autorité. De surcroît,

³⁶⁹ V. CATILLON, *Le droit dans les crises bancaires et financières*, LGDJ, 2011, n° 239 et s.

³⁷⁰ M.-A. FRISSON-ROCHE, « Les nouveaux champs de la régulation », *Revue française d'administration publique* 2004, n° 109, p. 54 et s. ; V. CATILLON, *op. cit.*, n° 239.

³⁷¹ V. CATILLON, *op. cit.*, n° 137, p. 117.

³⁷² Ordonnance n°2010-76 du 21 janvier 2010, ratifiée par la loi n° 2010-1249 du 22 octobre 2010 ; ancien art. L 612 -1 à L 613-33-1 du Code monétaire et financier ; P.-G. MARLY, « Regard sur l'Autorité de contrôle prudentiel », *BJB* 2010, n° 3, pp. 206-207 ; J.-Ph. KOVAR et J. LASSERRE-CAPDEVILLE, *Droit de la régulation bancaire*, Revue Banque, 2012, n° 305 et ss.

³⁷³ Il s'agit des autorités d'agrément suivantes : CEA -Comité des entreprises d'assurance- et CECEI -Comité des établissements de crédit et des entreprises d'investissement.

³⁷⁴ Il s'agit des autorités de contrôle suivantes : Commission bancaire et ACAM -Autorité de contrôle des assurances et des mutuelles.

l'ACPR intervient d'une part sur le plan du contrôle prudentiel (c'est-à-dire « *veiller à la solidité et à la pérennité du secteur financier, en s'assurant que les établissements financiers disposent des fonds propres nécessaires pour absorber les chocs sans devenir insolvables* »)³⁷⁵ et d'autre part sur le plan de la « conduite des affaires » ou « *conduct of bussiness* » (« *veiller au respect des obligations professionnelles à l'égard de la clientèle, dans une optique de protection de l'utilisateur de services financiers*³⁷⁶ »). La réforme de 2013³⁷⁷ a apporté le renforcement des autorités, la résolution des défaillances bancaires et financières entrant désormais dans la sphère des compétences de l'ACPR, mais a gardé la même conception de supervision binaire.

182. La supervision en Belgique. Nous retrouvons la surveillance par objectifs (ou *Twin Peaks*) également en Belgique qui, sur fond de crise, a opté pour passer, à partir du 1^{er} avril 2011 d'un modèle de contrôle intégré³⁷⁸ vers un modèle bipolaire, afin d'améliorer la visibilité des aspects microprudentiels et macroprudentiels, avec une attention particulière pour les risques systémiques³⁷⁹.

Le contrôle prudentiel des établissements de crédit relève de la compétence de la Banque nationale de Belgique (BNB). Elle est en charge à la fois du maintien de la stabilité du système financier dans son ensemble (volet macroprudentiel) et de la garantie de la solidité des banques (volet microprudentiel). Elle veille « *à ce que chaque établissement de crédit soit solvable, dispose de suffisamment de liquidités, qu'il soit rentable et soit organisé et géré en manière telle qu'il puisse maîtriser adéquatement ses risques et qu'il soit ainsi à même de respecter ses engagements envers ses créanciers, en ce compris les déposants* »³⁸⁰.

Quant au contrôle des règles de bonne conduite des établissements de crédit, il revient à la charge de l'Autorité des services et marchés financiers (FSMA), héritière de l'ancienne Commission bancaire, financière et des assurances. Elle veille à l'intégrité des marchés

³⁷⁵ Rapport DELETRE précité, p. 3.

³⁷⁶ *ibidem*.

³⁷⁷ Loi n° 2013-672 du 26 juillet 2013 de séparation et de régulation des activités bancaires.

³⁷⁸ Loi du 2 août 2002 relative à la surveillance du secteur financier et aux services financiers, *MB* 4 septembre 2002, p. 39.121.

³⁷⁹ Voir la loi du 2 juillet 2010 modifiant la loi 2 août 2002 relative à la surveillance du secteur financier et aux services financiers, ainsi que la loi du 22 février 1998 fixant le statut organique de la Banque nationale de Belgique, et portant des dispositions diverses, *MB*, du 28 septembre 2010, p. 59 140 (Twin Peaks I) et les lois du 30 et 31 juillet 2013 visant à renforcer la protection des utilisateurs de produits et services financiers ainsi que les compétences de l'Autorité des services et marchés financiers, et portant des dispositions diverses, *MB* du 30 août 2013, p. 60 090 (Twin Peaks II) ; Arrêté royal du 3 mars 2011 mettant en œuvre l'évolution des structures de contrôle du secteur financier, *MB* du 9 mars 2011, p. 15.623 ; Rapport au Roi avant l'arrêté royal du 3 mars 2011, *MB* 9 mars 2011, p. 15.641 ; X. TATON, « Les nouvelles procédures de sanctions devant la FSMA et la BNB », *Dr. banc. et fin.* 2012, p. 79 et s. ; X. DIEUX, « La nouvelle alliance : présentation des nouvelles structures de supervision du secteur financier », *JT* 2012, pp. 61 et s. ; J.- P. BUYLE, « Loi du 2 juillet 2010 modifiant la loi du 2 août 2002 relative à la surveillance du secteur financier et aux services financiers, ainsi que la loi du 22 février 1998 fixant le statut organique de la Banque Nationale de Belgique, et portant des dispositions diverses », *Dr. banc. et fin.* 2010, pp. 409 et s.

³⁸⁰ Voir l'exposé des motifs du projet de la loi relative au statut et au contrôle des établissements de crédit, déposé le 26 février 2014 à la Chambre des représentants, DOC 53 3406/001.

financiers et au traitement loyal du consommateur de produits et services financiers³⁸¹.

183. Le modèle de supervision intégrée. La solution intégrée consiste à placer tous les secteurs financiers sous la compétence d'une seule autorité de contrôle. C'est ce qu'a fait le Royaume-Uni sur le fond de la faillite de *Barings Bank*, en créant en 2000 la *Financial Services Authority* (FSA). Pourtant cette solution a montré à son tour ses limites³⁸², ce qui a conduit le gouvernement britannique à lancer une importante réforme qui a consisté en la suppression de l'Autorité des services financiers (FSA) et le transfert de l'essentiel de ses pouvoirs à la Banque d'Angleterre. Un nouveau Comité de politique financière (FPC) remplace la FSA étant chargé d'identifier les risques importants, ceux susceptibles de déstabiliser l'ensemble du secteur financier. A ses côtés il y a une Autorité des marchés et de la protection du consommateur (CPMA).

184. La supervision européenne : de la coopération au mécanisme de surveillance unique. A l'échelon européen, la Commission européenne avait envisagé à un moment donné une structure intégrée, à travers une autorité de régulation unique³⁸³. Cependant, dans un premier temps, elle a renoncé à cette méthode et a choisi de mettre en place un système européen de surveillance financière (ESF) qui réunit plusieurs instances de contrôle et de régulation. Ensuite, confrontée à une crise sans précédent, elle a repris l'idée d'une véritable union bancaire fondée sur trois piliers : une supervision européenne des banques, imposant les mêmes règles de jeu pour tous les acteurs, un mécanisme de résolution unique des crises bancaires³⁸⁴ et un système unique de garantie des dépôts³⁸⁵, pour éviter les phénomènes de panique bancaire. Le mécanisme européen de surveillance unique est désormais consacré par le règlement (UE) n° 1024/2013 du Conseil du 15 octobre 2013, confiant à la BCE des

³⁸¹ Voir le Rapport au Roi précédant l'arrêté royal du 3 mars 2011, précité, mettant en œuvre l'évolution des structures de contrôle du secteur financier, *MB* du 9 mars 2011, p. 15 623.

³⁸² Voir V. CATILLON, *op. cit.*, n° 245 : « la fusion des autorités pourrait de surcroît exposer le milieu financier et par-là, l'économie réelle dans son ensemble, à des répercussions plus encore préjudiciables. On imagine en effet aisément que la commission d'une erreur par un régulateur unique tendrait à produire infiniment plus de dommages pour l'ensemble des opérateurs bancaires et financiers que si elle provenait d'une seule autorité sectorielle qui elle, s'appliquerait exclusivement à son champ d'action. »

³⁸³ Commission staff working document accompanying document to the Communication from the European Financial Supervision – Impact assessment, SEC (2009) ; R. VABRES, "Le système européen de supervision : état des lieux et perspectives", *RD bancaire et fin.*, janv.-févr. 2010, p. 30.

³⁸⁴ COM/2013/0520 final, Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil établissant des règles et une procédure uniformes pour la résolution des établissements de crédit et de certaines entreprises d'investissement dans le cadre d'un mécanisme de résolution unique et d'un Fonds de résolution bancaire unique, et modifiant le règlement (UE) n° 1093/2010 du Parlement européen et du Conseil ; Le Parlement européen a adopté le 15 avril 2014 une directive sur le redressement et la résolution des crises bancaires. En cas de crise, à partir de 2016, les créanciers privés seront mis en priorité à contribution, en application du nouveau principe du renflouement interne (bail-in). Ce texte est complété par la création d'un mécanisme unique de résolution (un Conseil de résolution unique sera créé pour gérer la liquidation des banques) et d'un fonds de résolution commun alimenté par les banques.

³⁸⁵ Le Parlement européen, le 15 avril 2014, a amendé la directive sur la garantie des dépôts, qui prévoyait que les dépôts des épargnants sont protégés en cas de faillite bancaire jusqu'à 100 000 euros maximum. Les clients pourront récupérer leur épargne dans un délai raccourci de sept jours ouvrés (Directive 2014/49/UE du Parlement européen et du Conseil du 16 avril 2014 relative aux systèmes de garantie des dépôts, qui sera publiée au JOUE en juin 2014).

missions spécifiques ayant trait aux politiques en matière de surveillance prudentielle des établissements de crédit. A partir de novembre 2014 les banques les plus importantes de la zone euro seront contrôlées par un mécanisme unique placé sous l'égide de la BCE et s'appuyant sur les autorités de contrôle nationales³⁸⁶. Les autres établissements de crédit resteront sous la surveillance des autorités de tutelle nationales. Néanmoins, il convient de souligner que tous les établissements bancaires européens – y compris en dehors de zone euro – seront contrôlés sur la base d'un corpus réglementaire unique (*Single Rulebook*) qui est de la compétence de l'Autorité bancaire européenne.

Même si la surveillance bancaire a beaucoup évolué ces trente dernières années³⁸⁷, le système de contrôle des banques comporte en général plusieurs volets, exigeant l'intervention d'une pluralité des acteurs et présentant une structure pyramidale. Nous distinguons une surveillance interne (A) à l'établissement de crédit, un audit externe ou contrôle externe non institutionnel (B), une surveillance prudentielle nationale (C) et européenne (D).

A. La surveillance interne

185. Gouvernance solide et contrôle interne – des obligations légales³⁸⁸. L'existence et l'efficacité du contrôle interne sont des obligations légales et fondamentales pour les banques. Aux termes de l'article L511-55 du Code monétaire et financier, créé par l'ordonnance n°2014-158 du 20 février 2014, les établissements de crédit doivent disposer « *d'un dispositif de gouvernance solide comprenant notamment une organisation claire assurant un partage des responsabilités bien défini, transparent et cohérent, des procédures efficaces de détection, de gestion, de suivi et de déclaration des risques auxquels ils sont ou pourraient être exposés, d'un dispositif adéquat de contrôle interne, de procédures administratives et comptables saines et de politiques et pratiques de rémunération permettant et favorisant une gestion saine et efficace des risques* ». Composante essentielle de la gouvernance de la banque³⁸⁹, le

³⁸⁶ Voir *infra* n° 199, 209-212.

³⁸⁷ TH. BONNEAU, *Droit bancaire*, Montchrestien, coll. Domat Droit privé, 2011, n° 143 : « A l'origine, elle était uniquement déléguée, bancaire et nationale : déléguée car elle était confiée à des autorités de pouvoirs décisionnels ; bancaire car elle était propre aux établissements de crédit ; et nationale car elle était française. Aujourd'hui l'Etat intervient directement au côté d'autorités dont le champ de compétence concerne des entreprises autres que les établissements de crédit. La tutelle sectorielle a été en effet discutée en raison du développement de la bancassurance, les établissements de crédit et les entreprises d'assurance ayant des liens entre eux et exerçant des activités dont certains se chevauchent de sorte que les problématiques peuvent être les mêmes et doivent appeler des réponses identiques. Par ailleurs, la tutelle n'est plus uniquement nationale, elle est également européenne. » ; Pour l'historique du contrôle des établissements de crédit en France, voir V. CATILLON, *op. cit.*, n° 137.

³⁸⁸ En France : art. L 511-55 du Code monétaire et financier ; En Belgique : art. 21 de la nouvelle loi bancaire du 25 avril 2014.

³⁸⁹ Rappelons que les nouvelles règles en matière d'organisation et contrôle interne qui concernent la problématique globale des fonds propres est désormais régies par les articles L 511-55 à L 511-70 du Code monétaire et financier, créés par l'ordonnance n°2014-158 du 20 février 2014, précitée.

contrôle interne concerne également les activités externalisées³⁹⁰ et fait l'objet d'une surveillance accrue de la part de l'autorité de tutelle nationale qui se fait communiquer, entre autres, la répartition des responsabilités entre les organes de direction, d'administration et de surveillance, d'audit interne et de gestion des risques³⁹¹. Par conséquent, la carence de moyens humains, informatiques ou de mise en place d'un dispositif cohérent et transparent peut être lourdement sanctionnée, surtout lorsqu'elle a un impact sur la protection de la clientèle, la maîtrise des risques ou la sécurité financière. C'est ce que révèle la jurisprudence de la Commission des sanctions de l'ACPR qui vient de condamner la Société générale à un blâme et à une sanction pécuniaire de 2 millions d'euros pour ne pas avoir pris « *toutes les mesures d'organisation et de contrôle interne propres à assurer la correcte application de l'ensemble de ses obligations vis-à-vis des bénéficiaires du "droit au compte"* »³⁹².

L'esprit des exigences en matière de contrôle interne est aisément compréhensible. Il revient aux organes dirigeants de chaque établissement de veiller au respect de certains processus : le respect par les opérationnels de la politique et de la stratégie définies, la conformité des opérations avec les dispositions législatives et réglementaires en vigueur et le bon fonctionnement de l'entreprise. De plus, les dirigeants de chaque entreprise doivent s'assurer

³⁹⁰ Voir en ce sens ACPR, Position n° 2013-P-01, 13 novembre 2013, relative à l'application du règlement n° 97-02 à l'intermédiation en opérations de banque et en services de paiement, *RD bancaire et fin.*, 2014, n° 1, alerte : « L'ACPR considère que les mandataires qui agissent en vertu d'un ou de plusieurs mandats, exclusifs ou non, délivrés par un ou plusieurs établissements assujettis entrent dans le périmètre de l'externalisation. De même, lorsqu'un établissement leur confie de manière durable et à titre habituel la commercialisation de leurs produits, cette prestation relève des activités externalisées au sens du règlement n° 97-02. À ce titre, les mandataires doivent respecter les modalités de contrôle spécifiques prévues à cet effet. Les modalités du contrôle doivent être adaptées au volume d'activité réalisé avec les mandataires, à la nature et à l'étendue des activités externalisées. Les établissements assujettis s'assurent que leur système de contrôle inclut leurs activités externalisées et se dotent de dispositifs proportionnés de contrôle permanent et périodique de leurs activités confiées à un mandataire.

En revanche, les courtiers, qui agissent en vertu d'un mandat de leur client, à l'exclusion de tout mandat d'un établissement de crédit ou de paiement, sont exclus du périmètre de l'externalisation ».

³⁹¹ C'est d'ailleurs le message transmis par le Comité de Bâle dans ses Principes fondamentaux de 2006. Ainsi le principe n° 17 portant sur les « contrôles internes et audit » prévoit que « Les autorités de contrôle bancaire doivent avoir l'assurance que les banques sont dotées de procédures de contrôles internes adaptées à la taille et à la complexité de leurs activités et recouvrant plusieurs aspects : dispositions claires de délégation des pouvoirs et des responsabilités ; séparation des fonctions donnant lieu à un engagement de la banque, au versement de fonds et touchant aux actifs et aux passifs ; vérification de concordance de ces processus ; préservation des actifs ; audit interne et fonction de contrôle de conformité indépendants et appropriés pour vérifier la mise en œuvre de ces contrôles ainsi que le respect des lois et réglementations applicables » ; Les Principes fondamentaux pour un contrôle bancaire efficace publiés par le Comité de Bâle constituent le standard international le plus important dans le domaine de la réglementation et du contrôle bancaire. Ces principes définissent le cadre d'ensemble du contrôle bancaire et couvrent : l'agrément des établissements, la réglementation prudentielle, les techniques de contrôle et les prérogatives des autorités. Ils ont été utilisés par la Banque mondiale et le FMI dans le cadre des programmes d'évaluation du Secteur financier - Financial sector assessment program – FSAP – voir le site web de l'Autorité de contrôle prudentiel <http://www.acp.banque-france.fr/contrôle-prudentiel/les-types-de-contrôle/les-principes-edictes-par-le-comite-de-bale.html> (page consultée le 17 septembre 2012)

³⁹² ACPR, Commission des sanctions, 11 avril 2014, n° 2013-04, « L'ACPR condamne la Société générale à 2 millions d'euros d'amende pour mauvaise application des obligations relatives au droit au compte » *JCP G* 2014, 505. ; Décision complète : http://acpr.banquefrance.fr/fileadmin/user_upload/acpr/publications/registre-officiel/20140414-Decision-de-la-commission-des-sanctions.pdf; Voir *supra* n° 169.

que les capacités financières de l'entreprise sont en adéquation avec ses obligations. Cela se traduit « pour l'organe exécutif (direction générale, directoire) dans le devoir de comprendre pour chacune de ses décisions, la nature et le degré de risques susceptible d'être pris par l'établissement et leur cohésion avec les exigences de fonds propres. Pour l'organe délibérant (conseil d'administration, conseil de surveillance) a quant à lui, la charge de poser le seuil de tolérance de la banque aux risques»³⁹³.

186. Les métiers du contrôle. En France et en Belgique³⁹⁴, le contrôle interne dans les banques est assuré, aux termes de la loi par trois groupes de fonctions : la Conformité (*Compliance*)³⁹⁵, Gestion des risques (*Risk Management*)³⁹⁶ et l'audit interne ou l'inspection. Ces trois fonctions doivent être distinctes, indépendante des unités opérationnelles qu'elles contrôlent et doivent disposer des moyens nécessaires à l'exercice de leurs missions. En France, elles sont abordées sous l'angle du règlement CRBF 97-02³⁹⁷, socle réglementaire de

³⁹³ V. CATILLON, *op. cit.* n° 141 ; P. LE CANNU, « Rapport de synthèse », Colloque "La délégation de pouvoir dans l'entreprise : nécessité et dangers", sous la responsabilité scientifique de Vincent Thomas, *Lamy Droit des affaires* 72-2012, pp. 107-110 ; H. DE VAUPLANE, « Le nouveau défi des sociétés de gestion : les fonctions de contrôle », *Banque*, juin 2012 n°749, pp. 76-80 ; M. SAMUELIAN, « La commission des sanctions de l'ACP détaille ses exigences relatives à certaines dispositions du règlement CRBF n° 97-02 », *BJB*, avril 2012 n° 4, pp. 171-175 ; M.-A. NICOLET, « Contrôle interne des pratiques commerciales : quelles nouveautés ? », *Banque* 2012 n° 745, pp.56-58 ; L. CREUX-THOMAS, « Nul n'est censé ignorer la compliance ? » *JCP G* 2011 n°4, pp. 149-153 ; TH. BONNEAU, « Commentaire de la loi numéro 2010-1249 du 22 octobre 2010 de régulation bancaire et financière », *JCP E* novembre 2010 ; F. KEREBEL, D. DEDIEU, « Procédure interne de lutte anti-blanchiment et cartographie des risques, méthodes d'élaboration » *JCP E* oct. 2010, n° 43, pp. 12-18 ; H. DE VAUPLANE, « Indépendance des fonctions de contrôle, l'ACP s'y met aussi », *Option Finance*, 2012, n° 1159, pp. 35-35 ; A. ASTAIX, « Contrôle prudentiel : un nouveau décret d'application » *Recueil Dalloz Sirey*, 2010, n°18, pp. 1069-1069 ; B. DELETRE, « Régulation. Pour un devoir de "loyauté" des banques envers leurs clients », *Banque Magazine* 2010, n° 722, pp. 39-41 ; E. VERNIER, « Se préparer au contrôle d'une autorité de tutelle », *Banque Magazine* 2011 n° 732, pp. 68-73.

³⁹⁴ En Belgique, Voir art. 21, § 1^{er}, 4° : « Tout établissement de crédit doit disposer d'un dispositif solide et adéquat d'organisation d'entreprise, dont des mesures de surveillance, en vue de garantir une gestion efficace et prudente de l'établissement, reposant notamment sur : (...) 4° des fonctions d'audit interne, de gestion des risques et de conformité (compliance) indépendantes adéquates ; » ; Voir également art. 35 § 1^{er} : « Les établissements de crédit prennent les mesures nécessaires pour disposer en permanence des fonctions de contrôle indépendantes adéquates suivantes : a) conformité (compliance); b) gestion des risques; c) audit interne, dont les personnes qui en assurent l'exercice sont indépendantes des unités opérationnelles de l'établissement et disposent des prérogatives nécessaires au bon accomplissement de leurs fonctions. La rémunération de ces personnes est fixée en fonction de la réalisation des objectifs liés à leurs fonctions, indépendamment des performances des domaines d'activités contrôlés. ».

³⁹⁵ BIS, BCBS, *Compliance and the compliance function in banks*, 2005, voir en particulier le principe 7.

³⁹⁶ Art. L 511-64 du Code monétaire et financier : « Les établissements de crédit et les sociétés de financement se dotent d'une fonction de gestion des risques indépendante des fonctions opérationnelles et disposant de ressources adéquates pour lui permettre d'assurer sa mission. Les établissements de crédit et les sociétés de financement nomment un responsable de la fonction de gestion des risques. Lorsque le responsable de la fonction de gestion du risque n'est pas une personne mentionnée à l'article L. 511-13, ni directeur général délégué ni membre du directoire ou de toute [tout] autre organe exerçant des fonctions de direction équivalentes de l'établissement de crédit ou de la société de financement, il dispose d'un positionnement hiérarchique suffisamment élevé pour lui permettre d'exercer sa fonction de manière indépendante. Il est soumis aux dispositions de l'article L. 511-51 ».

³⁹⁷ Précisons que l'arrêté du 14 janvier 2009 a amélioré la prévention des risques en prévoyant que le contrôle interne mette en place les mesures rectificatives nécessaires dans « un délai raisonnable », que la communication entre les organes de contrôles et l'exécutif soit systématique et que les dirigeants aient

référence en matière de contrôle interne bancaire, et du paquet législatif « CRD IV », c'est-à-dire du règlement européen n° 575/2013 du 26 juin 2013 et de la directive 2013/36/UE de même jour.

Aux termes de l'article L511-64 du Code monétaire et financier, les banques sont tenues de se doter « *d'une fonction de gestion des risques indépendante des fonctions opérationnelles et disposant de ressources adéquates pour lui permettre d'assurer sa mission* ». Elles nomment un responsable de la fonction de gestion des risques qui doit disposer « *d'un positionnement hiérarchique suffisamment élevé pour lui permettre d'exercer sa fonction de manière indépendante* ». L'importance stratégique de cette fonction est révélée par la règle instituée par le nouvel article L511-65 du même code qui impose que le responsable de la fonction de gestion des risques « *ne peut être démis de ses fonctions sans l'accord préalable du conseil d'administration, du conseil de surveillance ou de tout autre organe exerçant des fonctions de surveillance équivalentes* ». D'ailleurs, il est désormais prévu qu'en cas « *d'évolution des risques affectant ou susceptible d'affecter l'établissement de crédit ou la société de financement, le responsable de la fonction de gestion des risques peut rendre directement compte au conseil d'administration, au conseil de surveillance ou à tout autre organe exerçant des fonctions de surveillance équivalentes, sans en référer* » à la direction mentionnée à l'article L. 511-13.

L'ordonnance n° 2014-158 du 20 février 2014 portant diverses dispositions d'adaptation de la législation française au droit européen en matière financière a institué l'obligation pour les établissements de crédit d'importance de mettre en place un comité des risques³⁹⁸. Son rôle est complexe et nous pouvons distinguer trois fonctions principales³⁹⁹. Ainsi, il est tenu de conseiller en matière de stratégie globale et d'appétence de risques et d'assister en matière de contrôle interne des risques la direction, le conseil d'administration, le conseil de surveillance ou tout autre organe exerçant des fonctions similaires. La dernière fonction, mais non la moindre, est celle de vérifier la compatibilité de la politique tarifaire avec la stratégie des risques de la banque⁴⁰⁰.

En ce qui concerne les comités d'audit, nous observons que depuis le 8 décembre 2008, ils sont désormais obligatoires en France au moins dans les sociétés cotées et dans les entreprises financières.⁴⁰¹ Leur rôle est notamment d'effectuer une surveillance attentive et régulière du dispositif de contrôle interne. La responsabilité des membres des comités d'audit s'apparente à la responsabilité des commissaires aux comptes. Ce service a la responsabilité d'évaluer le

l'obligation de reporter à l'ACP (anciennement Commission bancaire) les incidents significatifs ; Voir également l'arrêté du 19 janvier 2010 qui introduit un nouveau chapitre au Règlement CRBF n° 97-02 dédié à la « surveillance des risques par la filière risques ».

³⁹⁸ Pour le droit belge : Voir art. 27 et art. 29 de la nouvelle loi bancaire du 25 avril 2014.

³⁹⁹ Voir art. L 511-93 et L 511-94 du Code monétaire et financier.

⁴⁰⁰ Si les prix ne prennent pas en compte correctement les risques, ce comité doit présenter un plan d'action pour y remédier.

⁴⁰¹ Ordonnance 2008-1278 du 8 décembre 2008 transposant la directive 2006/43/CE du 17 mai 2006, JO du 09/12/08, p. 18720.

fonctionnement du dispositif de contrôle interne et de faire toutes les préconisations utiles pour l'améliorer, tout en rendant compte à la Direction Générale.

B. Le contrôle externe non institutionnel ou l'audit externe

187. Audit externe – une obligation légale. La loi prévoit également un audit externe qui constitue ainsi une étape intermédiaire entre le contrôle interne et le contrôle effectué par les autorités de tutelle. En France, le contrôle externe non institutionnel revient à la charge des commissaires aux comptes⁴⁰² et en Belgique cette tâche est assurée par un ou plusieurs réviseurs ou une ou plusieurs sociétés de réviseurs agréés par la Banque Nationale de Belgique conformément à l'article 222 de la nouvelle loi bancaire du 25 avril 2014.⁴⁰³

En France, dans chaque établissement de crédit ou entreprise d'investissement la certification des comptes annuels est effectuée par au moins deux commissaires aux comptes⁴⁰⁴ qui vérifient, entre autres, la sincérité des informations destinées au public, et leur concordance avec lesdits comptes⁴⁰⁵.

188. Relation avec l'autorité de contrôle nationale. Aux termes de l'article L612-43 du Code monétaire et financier, l'ACPR est saisie par l'établissement de crédit, pour avis, de toute proposition de nomination ou de renouvellement du mandat des commissaires aux comptes des organismes soumis à son contrôle. En outre elle peut, lorsque la situation le justifie, procéder à la désignation d'un commissaire aux comptes supplémentaire⁴⁰⁶.

⁴⁰² Aux termes des articles L 225-218, L 225-218, L 227-1, L 227-10 du Code commercial, un commissaire aux comptes est désigné pour toutes les sociétés de capitaux ou autres sociétés si elles dépassent un certain seuil (salariés, chiffre d'affaire, etc.) ; Les commissaires aux comptes doivent être des professionnels indépendants et l'art. L 822-11 du Code de commerce interdit le cumul des fonctions d'audit et de conseil. Le Code monétaire et financier a repris cette condition restrictive à l'art. L 511-38 en stipulant que : « ces commissaires aux comptes ne doivent pas représenter ou appartenir à des cabinets ayant entre eux des liens de nature juridique, professionnelle, de capital ou organisationnelle ».

⁴⁰³ Sur le « contrôle révisoral » : Voir chapitre V « Du contrôle révisoral », comprenant les art. 220 à 225 de la nouvelle loi bancaire du 25 avril 2014 ; Voir également J.-P. BUYLE, « Contexte historique : le passé réserve toujours des surprises » in 20 ans de loi bancaire, Cahiers AEBDF, n° 26, Athemis, 2013.

⁴⁰⁴ Dans les conditions définies au livre VIII du Code de commerce ; Toutefois, lorsque le total du bilan d'un établissement de crédit ou d'une entreprise d'investissement est inférieur à un seuil fixé par l'Autorité des normes comptables après avis du Comité consultatif de la législation et de la réglementation financières, la certification mentionnée à l'alinéa précédent peut être exercée par un seul commissaire aux comptes.

⁴⁰⁵ Les dispositions des art. L. 225-38 à L. 225-43 du Code de commerce sont applicables à tous les établissements de crédit. Pour l'application de l'art. L. 225-40 du C. com., lorsque ces établissements de crédit ne comportent pas d'assemblée générale, le rapport spécial des commissaires aux comptes est soumis à l'approbation définitive du conseil d'administration. Lorsque ces établissements de crédit sont dispensés, dans les conditions prévues par les dispositions du deuxième alinéa de l'art. L. 511-38 du présent code, de l'obligation de certification, le rapport spécial est établi, selon le cas, par le comptable public ou par l'organisme chargé de l'approbation des comptes.

⁴⁰⁶ En Belgique, en revanche, l'autorité de contrôle ne peut pas désigner des commissaires aux comptes supplémentaires. Cela revient aux établissements de crédit qui doivent solliciter l'accord de l'autorité de tutelle : Voir en ce sens voir art. 223 de la nouvelle loi bancaire du 25 avril 2014, précitée « La désignation des commissaires agréés et des commissaires agréés suppléants auprès des établissements de crédit est subordonnée à l'accord préalable de l'autorité de contrôle. Cet accord doit être recueilli par l'organe social qui fait la

Au cours des dernières décennies, plus particulièrement à la suite de la faillite internationale de la Bank of Credit and Commerce International en 1991, grâce aux conclusions tirées par le Comité de Bâle et par la législateur européen, la loi française a largement étendu la possibilité pour l'ACPR de demander, directement, aux commissaires des établissements soumis à son contrôle, tout renseignement sur l'activité et la situation financière de l'établissement contrôlé nécessaire à l'accomplissement de ses missions⁴⁰⁷. Les commissaires aux comptes ne peuvent pas opposer le secret professionnel à l'autorité de tutelle et ils sont tenus de transmettre aux autorités de contrôle leurs rapports et la certification de tout document comptable de l'établissement contrôlé que l'autorité de tutelle jugerait nécessaire. Remarquons cependant qu'il s'agit d'une véritable réciprocité de l'échange d'informations. En effet, l'ACPR, à son tour, en application de l'article L612-44 du Code monétaire et financier, peut transmettre aux commissaires aux comptes les informations nécessaires à l'accomplissement de leur mission. Les informations ainsi transmises sont couvertes par la règle du secret professionnel.

C. La surveillance prudentielle au niveau national

189. Un dispositif de contrôle sous le signe de regroupement des autorités. En France il faut distinguer d'une part le pouvoir réglementaire⁴⁰⁸ et d'autre part le pouvoir de contrôle. Cependant ne souhaitant pas aborder les aspects sans relevance pour l'ensemble de notre étude, nous avons décidé de présenter uniquement le dispositif français de surveillance des établissements de crédits dont la création remonte au début du XX^e siècle⁴⁰⁹, avant même la loi bancaire du 24 janvier 1984⁴¹⁰. Sans volonté d'exhaustivité, précisons qu'en 1967⁴¹¹ a été

proposition de désignation. En cas de désignation d'une société de réviseurs agréée, l'accord porte conjointement sur la société et son représentant. ».

⁴⁰⁷ Art. 40 de la loi n° 84-46 du 24 janvier 1984 relative à l'activité et au contrôle des établissements de crédit, Journal officiel du 25 janvier 1984 ; BIS, BCBS, The Insolvency Liquidation of a Multinational Bank, décembre 1992 ; Directive n° 95/26/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 juin 1995 afin de renforcer la surveillance prudentielle ; Art. L612-44 du Code monétaire et financier.

⁴⁰⁸ Depuis la loi n° 2003-706 du 1er août 2003 de sécurité financière, le pouvoir réglementaire est directement exercé par le Ministre chargé de l'économie assisté par deux comités consultatifs. Il s'agit du Comité consultatif du secteur financier (CCSF) et du Comité de la législation et de la réglementation financière (CCLRF) créés également par la même loi de 2003. L'Autorité des Marchés Financiers dispose d'un pouvoir réglementaire pour les opérations financières et l'information diffusée par les sociétés cotées par le biais de son Règlement général ; Une conséquence directe de l'appartenance à l'Union Européenne est le fait qu'en matière de politique monétaire le pouvoir réglementaire revient à la Banque centrale européenne. (art 130 TFUE, art. 282-3 du TFUE) ; Sur la question générale du pouvoir réglementaire des autorités administratives indépendantes, voir Th. BONNEAU, *Régulation bancaire et financière européenne et internationale*, Buylant, 2012 ; A. HAQUET, « Le pouvoir réglementaire des autorités administratives indépendantes –Réflexions sur son objet et sa légitimité », *RDP* 2008, n° 2, p. 393.

⁴⁰⁹ B. SOUSI-ROUBI, *Droit bancaire européen*, Précis Dalloz, coll. Droit privé, 1995, p. 184-198 ; TH. BONNEAU, *Droit bancaire*, Montchrestien, coll. Domat droit privé, 9^e éd., 2011, n° 146 et s. ; V. CATILLON, *op. cit.*, n° 137 ; R. ROUTIER, *op. cit.*, chapitre 441 et 912 ; J.-C. GOLAZ, *Les diverses propositions des lois sur le contrôle et la réglementation des banques*, Thèse, Paris, 1927 ; G.-N. SPENTAS, *Organisation et contrôle du crédit bancaire en France*, Librairie du recueil Sirey, Paris, 1953 ; P. SCODEL, *La commission de contrôle des banques et le Conseil national de crédit*, Thèse, Paris, 1969.

⁴¹⁰ Loi n° 84-46 du 24 janvier 1984.

instituée la Commission des opérations de bourse (COB) qui représentait l'autorité de régulation des marchés financiers, suivant le modèle de l'autorité américaine *Securities and Exchange Commission (SEC)*⁴¹². En 1984, plusieurs autorités ont vu le jour, dont la Commission bancaire. Après cette date, toutes les réformes sont porteuses d'un signe d'intégration, d'élargissements des compétences et pouvoirs. Plusieurs moments ont marqué leur transformation⁴¹³ et surtout leur rassemblement.

190. La réforme de 2003. L'année 2003⁴¹⁴ a marqué un changement profond dans la structure du système de surveillance : le pouvoir de réglementation est passé entre les mains de l'Etat, et respectivement au Ministre chargé de l'Economie, assisté par deux institutions consultatives, respectivement le Comité consultatif du secteur financier⁴¹⁵ et le Comité consultatif de la législation et de la réglementation financières⁴¹⁶. La même loi de sécurité financière a créé l'AMF qui a résulté de la fusion entre plusieurs organismes de contrôles.

191. La réforme de 2010. Ces institutions ont résisté à la réforme de 2010⁴¹⁷ qui, dans le sillage de la crise, a continué le rassemblement des autorités et compétences des autres autorités, suivant les recommandations du rapport de Bruno Deletré⁴¹⁸. Comme nous l'avons déjà montré, la France a opté en 2010 pour un modèle hybride de supervision certes plus intégrée mais encore partiellement sectoriel⁴¹⁹. L'ordonnance du 21 janvier 2010 a institué une Autorité de contrôle prudentiel (ACP) issue de la refonte de quatre autorités sectorielles⁴²⁰. Cette « *autorité administrative indépendante, veille à la préservation de la stabilité du système financier et à la protection des clients, assurés, adhérents et bénéficiaires des personnes soumises à son contrôle* »⁴²¹. Le dispositif de régulation bancaire a été

⁴¹¹ Ordonnance n° 67-833 du 28 septembre 1967.

⁴¹² SEC avait été créé pour protéger les épargnants à la suite de la crise économique et boursière de 1929

⁴¹³ Tout d'abord l'année 1996 (La loi n° 96-547 du 2 juillet 1996 de modernisation des activités financières) apporte un changement de titulature et champ d'application pour le Comité de réglementation bancaire qui devient le Comité de réglementation bancaire et financière (CRBF) et pour le Comité des établissements de crédit qui se transforme en Comité des établissements de crédit et d'investissement. Cette même loi de modernisation des activités financières a instauré le Conseil des marchés financiers (CMF). En 1989, la loi a instauré le Conseil de discipline des organismes de placement collectifs en valeurs mobilières (OPCVM) qui en 1998 a été transformé dans le Conseil de discipline de la gestion financière (CDGF).

⁴¹⁴ Loi n° 2003-706 du 1er août 2003 de sécurité financière, précitée.

⁴¹⁵ Voir art. L 614-1 du Code monétaire et financier

⁴¹⁶ Voir art. L 614-2 du Code monétaire et financier

⁴¹⁷ Loi n° 2010-1249 du 22 octobre 2010, précité

⁴¹⁸ Voir *infra* n° 195 et ss.

⁴¹⁹ TH. BONNEAU, *Droit bancaire, op. cit.*, n° 146 : « L'ACP réalise une supervision intégrée – elle a compétence sur le secteur de l'assurance et sur le secteur bancaire et intervient tant sur le plan prudentiel que dans le domaine de la « conduite des affaires » (« conduct of business ») – même si elle est partielle puisque le secteur des marchés financiers ne relève pas de sa compétence mais de celle de l'Autorité des Marchés financiers. Cette exclusion n'est cependant pas totale puisque l'ACP intervient en matière d'agrément financier des entreprises d'investissement (autre que les sociétés de gestion de portefeuille) et contrôle le respect des normes prudentielles par ces entreprises. »

⁴²⁰ Il s'agit de l'Autorité de contrôle des assurances (ACAM), du Comité des entreprises d'assurances (CEA), de la Commission bancaire (CB) et du Comité des établissements de crédit et des entreprises d'investissement (CECEI).

⁴²¹ Art. L 612-1 du Code monétaire et financier, version 2010

complété en 2010⁴²² par la création d'une nouvelle autorité, le Conseil de régulation financière et du risque systémique (COREFRIS), étant investi seulement d'un pouvoir consultatif et informatif. Cependant, son existence s'est avérée éphémère ne résistant pas à la réforme de 2013.

192. La réforme de 2013. Tirant les leçons des conséquences néfastes subies par le système bancaire en général et par les consommateurs en particulier⁴²³, le législateur français a prévu de séparer les activités bancaires de certaines activités financières⁴²⁴, de transformer et renforcer les autorités de tutelle, tout en prévoyant des nouvelles règles en matière de résolution des défaillances bancaires et financières. En ce qui concerne les autorités de contrôle, l'objectif de cette réforme a été de leur donner plus de prérogatives. Le changement de compétences a entraîné aussi un changement de dénominations. Ainsi, l'ACP devient l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution (ACPR) et le COREFRIS devient le Haut conseil de stabilité financière (HCSF)⁴²⁵. Quant au HCSF, héritier d'un simple organisme consultatif, il devient « *une véritable autorité investie de pouvoir contraignant* »⁴²⁶ en charge de la politique macro-prudentielle, représentant l'homologue français du Comité européen du risque systémique qui est l'autorité de contrôle macro-prudentiel au niveau européen.⁴²⁷

⁴²² Loi n° 2010-1249 du 22 oct. 2010 de régulation bancaire et financière, *JO* 23 oct. 2010, p. 1898 ; *JCP E* 2010. Actu. 579 ; Pour des études générales, J. LASSERRE CAPDEVILLE, « Présentation générale de la loi de régulation bancaire et financière », *LPA* 16 déc. 2010, p. 3 ; Th. BONNEAU, « Commentaire de la loi n° 2010-1249 du 22 octobre 2010 de régulation bancaire et financière », *JCP E* 2010. 195 ; S. YVON, TH. ALLAIN, C. BERARD-GOURISSE, « Panorama de la loi de régulation bancaire et financière », *BJB* 2010. 492, § 63 ; H. LE NABASQUE, « Commentaire des principales dispositions de la loi de régulation bancaire et financière du 22 octobre 2010 intéressant le droit des sociétés et le droit financier », *Rev. sociétés* 2010. 547 ; H. de VAUPLANE, J.-J. DAIGRE, B. de SAINT MARS ET J.-P. BORNET, *Banque et Droit* nov.-déc. 2010. 29 s. ; Dossier spécial *BJB*, mars 2011, n° 2, p. 113 s. ; Dossier spécial *LPA* 16 déc. 2010.

⁴²³ Loi n° 2013-672 du 26 juillet 2013 de séparation et de régulation des activités bancaires

⁴²⁴ La séparation des activités bancaires de certaines activités financières se traduit dans une obligation de filialisation des activités de négociation pour compte propre ; La loi française maintient la tenue de marché au sein de la banque de dépôt.

⁴²⁵ Art. L631-2 à L631-2-3 du Code monétaire et financier ; Le Haut Conseil de stabilité financière est composé de huit membres : le ministre chargé de l'économie, président ; le gouverneur de la Banque de France, président de l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution, assisté du vice-président de cette autorité ; le président de l'Autorité des marchés financiers ; le président de l'Autorité des normes comptables ; trois personnalités qualifiées désignées, pour une durée de cinq ans, à raison de leurs compétences dans les domaines monétaire, financier ou économique, respectivement, par le président de l'Assemblée nationale, le président du Sénat et le ministre chargé de l'économie.

⁴²⁶ Th. BONNEAU, « Séparation et régulation des activités bancaires. Commentaire des titres 1, 4, 5 et 8 de la loi du 26 juillet 2013 », *JCP E* 2013, septembre, 1483.

⁴²⁷ M. STORCK, J. LASSERRE CAPDEVILLE, « Etude et clarification de la loi de régulation bancaire et financière (Loi no 2010-1249 du 22 octobre 2010) », *LPA*, n° 250, 16 déc. 2010.

193. Compétences de l'ACPR⁴²⁸. Adossée à la Banque de France, l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution « *veille à la préservation de la stabilité du système financier et à la protection des clients, assurés, adhérents et bénéficiaires des personnes soumises à son contrôle⁴²⁹* ». Elle est chargée de l'agrément et de la surveillance permanente de la situation financière des établissements bancaires et des organismes d'assurance, contrôlant notamment le respect des exigences de solvabilité, de liquidité et de coussin de fonds propres⁴³⁰ définies aux articles L. 511-41-1 A et L. 533-2-1 du Code monétaire et financier. De surcroît, comme son nom l'indique, elle doit veiller « *à l'élaboration et à la mise en œuvre des mesures de prévention et de résolution des crises bancaires⁴³¹* » dans le but de « *préserver la stabilité financière, d'assurer la continuité des activités, des services et des opérations des établissements dont la défaillance aurait de graves conséquences pour l'économie, de protéger les déposants, d'éviter ou de limiter au maximum le recours au soutien financier public⁴³²* ». Elle doit également s'assurer de la protection de la clientèle aux termes « *de toute disposition européenne, législative et réglementaire ou des codes de conduite approuvés à la demande d'une association professionnelle, ainsi que des bonnes pratiques⁴³³* » professionnelles constatées ou recommandée par l'autorité de contrôle. Pour accomplir ses missions, l'ACPR est dotée de larges pouvoirs de contrôle⁴³⁴, ainsi que du pouvoir de prendre des mesures de police administrative⁴³⁵ et du pouvoir de sanction⁴³⁶.

194. Contrôle et mesures de police administrative⁴³⁷. En ce qui concerne l'activité de contrôle, nous distinguons les contrôles permanents sur pièces et les contrôles ponctuels sur place qui ont des objectifs précis⁴³⁸. Cette dichotomie est en parfaite concordance avec les

⁴²⁸ Son équivalent en droit belge est la Banque Nationale de Belgique. Voir *supra* n° 182 ; Pour les compétences de la BNB, voir la loi du 22 février 1998 fixant le statut organique de la Banque nationale de Belgique ; les art. 142 et 143 de la nouvelle loi relative au statut et au contrôle des établissements de crédit du 25 avril 2014, précitée.

⁴²⁹ Art. L 612-1 du Code monétaire et financier.

⁴³⁰ Cf au II, 2bis de l'art. L 612-1 du Code monétaire et financier, tel qu'il a été modifié par l'ordonnance n°2014-158 du 20 février 2014 portant diverses dispositions d'adaptation de la législation au droit de l'Union européenne en matière financière, NOR: EFIT1327482R.

⁴³¹ *Ibidem*.

⁴³² *Ibidem*.

⁴³³ Voir *supra* n° 174 ; voir *infra* n° 197.

⁴³⁴ Voir en ce sens art. L 612-23 à L 612-29-1 du Code monétaire et financier.

⁴³⁵ Voir en ce sens art. L 612-30 à L 612-37 du Code monétaire et financier.

⁴³⁶ Voir en ce sens art. L 612-39 à L 612-42 du Code monétaire et financier.

⁴³⁷ En droit belge : sur le contrôle des établissements de crédit, Voir : art 134 à 140 ; sur le programme du contrôle prudentiel, voir art. 141 ; sur les procédures du contrôle et d'évaluation prudentielle, Voir art. 142 à 143 ; sur l'examen des approches et des méthodes internes, Voir art. 144 à 147 ; sur les tests de résistance, Voir art. 148, sur les mesures prudentielles, Voir art. 149 à 153 ; sur le contrôle sur place, Voir art. 162 ; sur le contrôle sur base consolidée des établissements de crédit, Voir art. 165 à 184 de la nouvelle loi bancaire du 25 avril 2014, précitée.

⁴³⁸ *Rapport annuel de l'ACP*, 2010, p. 50. : « Les moyens employés pour exercer le contrôle permanent s'articulent autour de plusieurs axes :

- l'analyse de documents périodiques remis par les établissements (reporting trimestriel SURFI, rapports annuels de contrôle interne, reportings internes des établissements...);

principes édictés par le Comité de Bâle pour un contrôle bancaire efficace⁴³⁹. Les premiers sont assurés par des agents de deux directions de l'ACPR : la Direction du contrôle des établissements de crédit généraux et spécialisés (DCEGS) et la Direction du contrôle des établissements mutualistes et des entreprises d'investissement (DCMEI). En application de l'article L 612-24 du Code monétaire et financier, le secrétaire général de l'Autorité peut demander aux banques « *tous renseignements, documents, quel qu'en soit le support, et en obtenir la copie, ainsi que tous éclaircissements ou justifications nécessaires à l'exercice de sa mission* », y compris la communication des rapports des commissaires aux comptes et, d'une manière générale, de tous documents comptables. En fonction des résultats du contrôle sur pièces, de la qualité des éléments transmis et de la situation financière de la société d'assurance, l'ACPR peut décider d'effectuer un contrôle sur place. Il sera effectué par les inspecteurs de la « Déléation au contrôle sur place des établissements de crédit ». Ces investigations approfondies peuvent être justifiées par d'autres raisons, comme par exemple le nombre et le contenu des réclamations des clients ou des obligations de vigilance réglementaires. Le contrôle sur place permet à l'autorité de surveillance de se faire une image réelle sur le fonctionnement de la société en question et sur l'application de la réglementation. Les inspecteurs ACPR analysent notamment : les provisions, le respect des règles prudentielles, la qualité du contrôle interne et de la gestion des risques, les règles de gouvernance, les outils, les procédures, la réassurance, la solvabilité prospective de l'organisme⁴⁴⁰. Un élément caractéristique de ce type de contrôle réside dans la rédaction d'un rapport prévu par l'article L 612-27 du Code monétaire et financier et dont le projet doit être porté à la connaissance des dirigeants afin qu'ils puissent faire part de leurs observations. Il convient de souligner qu'en cas de non-respect de l'obligation de notification, de déclaration ou de transmission d'états, de données ou autres documents sollicités par l'autorité de tutelle, elle peut prononcer à l'encontre de l'établissement de crédit une injonction assortie d'une astreinte dont elle fixe le montant et la date d'effet⁴⁴¹. Si les contrôles effectués révèlent des faits susceptibles de justifier des poursuites pénales, la loi exige que « *le président de*

-
- des échanges et réunions régulières avec les principaux responsables des établissements contrôlés. Pour les grands groupes, ces réunions sont organisées dans le cadre d'un programme structuré d'entretiens dits « de surveillance rapprochée » visant à appréhender, périodiquement, leurs expositions aux différents risques (crédit, marché, liquidité, opérationnel...) ainsi que les dispositifs de suivi et de maîtrise mis en place ;
 - le traitement (émission de recommandations) et le suivi (examen de la prise en compte des recommandations) des rapports d'inspection des missions sur place de la Déléation au contrôle sur place
 - des visites sur place qui permettent, notamment, de mesurer de manière plus détaillée le degré de prise en compte des recommandations émises à l'issue des missions sur place mais qui peuvent aussi avoir d'autres objets (examen d'un champ d'activité particulier, connaissance des fonctionnalités du système d'information...);
 - la prise en compte de toute information susceptible d'affecter la situation d'un établissement et nécessitant un diagnostic, un avis ou le lancement d'une action spécifique ;
 - la préparation de dossiers présentés aux Collèges de l'ACP. » Source : site internet ACPR.

⁴³⁹ Comité de Bâle sur le contrôle bancaire, Principes fondamentaux pour un contrôle bancaire efficace : voir notamment le principe n° 20 concernant les méthodes prudentielles : « un système de contrôle bancaire efficace devrait comporter à la fois un contrôle sur place et un contrôle sur pièces, ainsi que des contacts réguliers avec la direction de la banque », <http://www.bis.org/publ/bcbs129fre.pdf> (page consultée le 20 novembre 2012).

⁴⁴⁰ Source : site internet ACPR, <http://www.acp.banque-france.fr/> (page consultée le 21 novembre 2012).

⁴⁴¹ Art. L 612-25 du Code monétaire et financier.

*l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution en informe le procureur de la République territorialement compétent, sans préjudice des sanctions que l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution peut prononcer »*⁴⁴².

Quant aux mesures de polices administratives, aux termes de l'article L 612-33 du Code monétaire et financier, l'ACPR peut prendre des mesures conservatoires lorsque la solvabilité ou la liquidité d'une banque ou lorsque les intérêts de ses clients sont compromis ou susceptibles de l'être, ou lorsque l'établissement de crédit est susceptible de manquer aux obligations prévues par le règlement "CRD IV". L'autorité de contrôle peut, entre autres, placer la banque sous surveillance spéciale, charger certains de ses agents d'exercer une mission de contrôle permanent au sein de l'établissement, limiter ou interdire temporairement l'exercice de certaines opérations ou activités, limiter le nombre des agences et/ou des succursales ou encore exiger la réduction des risques inhérents aux activités, aux produits et aux systèmes de la banque contrôlée, voire suspendre un ou plusieurs dirigeants de l'entité considérée, etc.⁴⁴³.

195. Les sanctions dissuasives de l'ACPR⁴⁴⁴. La commission des sanctions de l'ACPR peut infliger à l'établissement de crédit qui a enfreint une disposition européenne⁴⁴⁵, législative ou réglementaire des sanctions disciplinaires importantes. L'article L 612-40 du Code monétaire et financier est consacré, depuis la réécriture opérée par l'ordonnance n° 2014-158 du 20 février 2014, aux sanctions applicables pour les infractions relevant du «paquet CRD IV». L'autorité de contrôle, se fondant sur ce texte, pourra désormais imposer aux banques qui méconnaissent les dispositions du règlement européen n° 575/2013 du 26 juin, dit «CRR», 2013 et la directive n° 2013/36/UE de même jour, dite «CRD IV», des sanctions pécuniaires, d'un montant maximal de 10 % du chiffre d'affaires annuel ou de deux fois l'avantage retiré du manquement, lorsqu'il peut être déterminé, et prononcer à l'égard des personnes physiques une suspension temporaire, une démission d'office ou une sanction pécuniaire d'un montant maximal de 5 millions d'euros ou de deux fois l'avantage retiré du manquement. En fonction de la gravité de l'infraction, la banque peut se voir infliger un avertissement, un blâme, l'interdiction d'effectuer certaines opérations et toutes autres limitations dans l'exercice de l'activité, la suspension temporaire d'un ou plusieurs dirigeants ou voire le retrait partiel ou

⁴⁴² Art. L612-28 du Code monétaire et financier.

⁴⁴³ L'article L. 612-33 énumère 12 mesures de police administrative. Cette liste a été complétée par l'ordonnance no 2014-158 du 20 février 2014.

⁴⁴⁴ Quant au droit belge, l'art. 347 § 2de la nouvelle loi bancaire du 25 avril 2014, précitée, dispose que « Le montant de l'amende administrative infligée à l'établissement ou à la compagnie visée au paragraphe 1er, pour le même fait ou pour le même ensemble de faits, est de minimum 1 % et de maximum de 10 % du chiffre d'affaires annuel net de l'établissement au cours de l'exercice précédent. Le montant de l'amende administrative infligée à une personne physique, pour le même fait ou pour le même ensemble de faits, est de minimum 5 000 euros et de maximum 5 000 000 euros » ; S'agissant des sanctions pénales, voir art. 348 de la même loi.

⁴⁴⁵ Sur la fonction contentieuse des autorités de régulation : Th. PERROUD, *La fonction contentieuse des autorités de régulation en France et au Royaume-Uni*, thèse en cotutelle Paris 1 et University of Warrick School of Law, Dalloz, coll. « Nouvelle bibliothèque de thèses », vol. 127, 2013.

total d'agrément avec ou sans nomination d'un liquidateur⁴⁴⁶.

L'article L. 612-39 est réservé désormais aux sanctions concernant toutes les autres infractions, en dehors de la réglementation « CRD », et prévoit, soit à la place, soit en sus des sanctions disciplinaires, une sanction pécuniaire d'un montant maximal de cent millions d'euros. De surcroît, aux termes de l'article L612-28 du Code monétaire et financier, si le contrôle a fait ressortir « *des faits susceptibles de justifier des poursuites pénales, le président de l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution en informe le procureur de la République territorialement compétent, sans préjudice des sanctions que l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution peut prononcer.* »

Dans ces conditions, on comprend aisément l'importance de la gestion des risques, de l'adéquation des fonds propres et de la protection de la clientèle, qui représentent des aspects essentiels visés par le pouvoir disciplinaire de l'autorité de contrôle. Les sanctions peuvent être rendues publiques dans des publications et journaux, dans un format proportionné à la faute commise et à la sanction infligée. Il va de soi que les frais sont supportés par les personnes morales et/ou physiques sanctionnées. Toutefois, lorsque la publication risque de perturber gravement les marchés financiers ou de causer un préjudice disproportionné aux parties en cause, la décision de la commission peut prévoir qu'elle ne sera pas publiée.

196. Compétences de l'AMF. L'AMF est une autorité publique indépendante⁴⁴⁷ dotée de la personnalité morale qui « *veille à la protection de l'épargne investie dans les instruments financiers et les actifs mentionnés au II de l'article L. 421-1 donnant lieu à une offre au public ou à une admission aux négociations sur un marché réglementé et dans tous autres placements offerts au public. Elle veille également à l'information des investisseurs et au bon fonctionnement des marchés d'instruments financiers et d'actifs mentionnés au II de l'article L. 421-1. Elle apporte son concours à la régulation de ces marchés aux échelons européen et*

⁴⁴⁶ Aux termes de l'art. L 612-40 du Code monétaire et financier, tel qu'il a été modifié par l'article 4 de l'ordonnance n°2014-158 du 20 février 2014, précitée, si « un établissement de crédit, une entreprise d'investissement ou une société de financement a enfreint une disposition du règlement (UE) n° 575/2013 du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013, une disposition du titre Ier et du titre III du livre V ou d'un règlement pris pour son application ou toute autre disposition législative ou réglementaire dont la méconnaissance entraîne celle des dispositions précitées ou s'il n'a pas déféré à une mise en demeure de se conformer à ces dispositions ou à une injonction prévue aux articles L. 511-41-3 et L. 511-41-4, la commission des sanctions peut prononcer l'une ou plusieurs des sanctions disciplinaires suivantes, en fonction de la gravité du manquement : 1° L'avertissement ; 2° Le blâme ; 3° L'interdiction d'effectuer certaines opérations et toutes autres limitations dans l'exercice de l'activité ; 4° Le retrait partiel d'agrément ; 5° Le retrait total d'agrément ou la radiation de la liste des personnes agréées, avec ou sans nomination d'un liquidateur. La sanction mentionnée au 3° ne peut, dans sa durée, excéder dix ans. »

⁴⁴⁷ On observe que cette institution n'est pas qualifiée d'autorité administrative indépendante comme l'ACP, mais d'autorité publique indépendante. Est-ce bien de nature différente ? Nous considérons que cela ne change en rien son statut d'autorité publique de régulation. Voir pour le même point de vue : A. COURET, H. LE NABASQUE, M.-L. COQUELET et al., *Droit financier*, Dalloz, 2^e éd., 2012, n° 311 : « Pour autant il semble toujours possible de la considérer comme telle, il s'agit, en toute hypothèse, d'une autorité régulatrice. Cette dernière est dotée de la personnalité morale. ».

internationale.⁴⁴⁸ ». Elle veille également au respect des codes et règles de bonne conduite par les entreprises soumises à son contrôle⁴⁴⁹.

197. Pôle commun ACPR-AMF. Pour mener à bien leurs missions de protection de la clientèle des établissements soumis à leur contrôle, un pôle commun ACPR-AMF a été institué par l'article L 612-47 du Code monétaire et financier. Ce guichet unique permet de traiter toutes les questions relatives à l'épargne des particuliers et des associations.

198. Coopération avec d'autres autorités de surveillance. L'ACPR et l'AMF doivent prendre en compte les objectifs de stabilité financière dans l'ensemble de l'Espace économique européen et d'application convergente des dispositions nationales et de l'Union européenne. Elles doivent tenir compte des bonnes pratiques et recommandations issues des autorités de surveillance européennes. Les superviseurs nationaux sont tenus de coopérer tant au niveau européen et international avec les autorités compétentes des autres Etats.

2. Les changements à venir

199. Transfert de compétences vers la BCE. L'application du mécanisme de surveillance unique européen⁴⁵⁰ marquera un véritable changement pour les autorités nationales des pays de la zone euro. Ainsi, il convient de souligner qu' « à l'instar des banques centrales nationales qui ont perdu leurs pouvoirs au profit de la BCE, les autorités nationales de supervision vont perdre leur pouvoir d'agrément et de surveillance prudentielle »⁴⁵¹. Elles ne pourront plus délivrer les agréments bancaires, d'assurer la surveillance sur base consolidée des sociétés mères des établissements de crédit dans l'un des Etats membres participant au mécanisme de surveillance unique⁴⁵².

De surcroît, et là c'est un point qui intéresse d'autant plus notre étude, c'est la BCE qui veillera notamment au respect « *des exigences prudentielles aux établissements de crédit dans les domaines des exigences de fonds propres, de la titrisation, des limites applicables aux grands risques, de la liquidité, de l'effet de levier ainsi que des déclarations d'informations et des informations à destination du public sur ces sujets* »⁴⁵³.

Elles garderont en revanche les missions qui ne seront pas confiées à la BCE, soit le contrôle de la lutte contre le blanchiment d'argent, la supervision des pays tiers qui ne relèvent pas de la future compétence de la BCE, le contrôle de la protection des consommateurs, les contrôles

⁴⁴⁸ Art. L 621-1 du Code monétaire et financier.

⁴⁴⁹ Voir art. L 621-9 du Code monétaire et financier.

⁴⁵⁰ Voir *infra* n° 209 et ss.

⁴⁵¹ TH. BONNEAU, « Mécanisme de surveillance unique », *JCP E* 2012, octobre, 1645.

⁴⁵² Voir notamment l'art. 4 du Règlement (UE) No 1024/2013 du Conseil du 15 octobre 2013, JOUE L 287 du 29 octobre 2013, p. 63.

⁴⁵³ *Ibidem*.

quotidiens qui serviront d'appui à la supervision de la BCE. Les autorités nationales de surveillance continueront donc de jouer un rôle important dans la surveillance courante des banques, ainsi que dans l'élaboration et la mise en œuvre des décisions de la BCE.

D. La surveillance prudentielle au niveau européen⁴⁵⁴

200. Contexte. La crise⁴⁵⁵ a mis en lumière une inadéquation majeure entre les marchés financiers fortement intégrés dans l'UE et les structures de supervision principalement

⁴⁵⁴ Voir en ce sens : The high-level Group on Financial Supervision, *Report*, Brussels, 25 February 2009; Communication de la Commission européenne, Surveillance financière européenne, COM(2009) 252 final, 27 mai 2009 ; Règlement 1092/2010 du Parlement européen et du Conseil du 24 novembre 2010 relatif à la surveillance macro-prudentielle du système financier dans l'Union européenne et instituant un Comité européen du risque systémique, *JOUE* L 331/1, 15 décembre 2010 ; Règlement 1096/2010 du Conseil du 17 novembre 2010 confiant à la Banque centrale européenne des missions spécifiques relatives au fonctionnement du Comité européen du risque systémique, *JOUE* L 331/162, 15 décembre 2010 ; Règlement 1095/2010 du Parlement européen et du Conseil du 24 novembre 2010 instituant une Autorité européenne de surveillance (Autorité européenne des marchés financiers), modifiant la décision n° 716/2009/CE et abrogeant la décision 2009/77/CE de la Commission, *JOUE* L 331/84, 15 décembre 2010 ; Règlement 1093/2010 du Parlement européen et du Conseil du 24 novembre 2010 instituant une Autorité européenne de surveillance (Autorité bancaire européenne), modifiant la décision n° 716/2009/CE et abrogeant la décision 2009/78/CE de la Commission, *JOUE* L 331/12, 15 décembre 2010 ; Règlement 1094/2010 du Parlement européen et du Conseil du 24 novembre 2010 instituant une Autorité européenne de surveillance (Autorité européenne des assurances et des pensions professionnelles), modifiant la décision n° 716/2009/CE et abrogeant la décision 2009/79/CE de la Commission, *JOUE* L 331/48, 15 décembre 2010 ; Directive 2010/78 du Parlement européen et du Conseil du 24 novembre 2010 modifiant les directives 98/26/CE, 2002/87/CE, 2003/6/CE, 2003/41/CE, 2003/71/CE, 2004/39/CE, 2004/109/CE, 2005/60/CE, 2006/48/CE, 2006/49/CE et 2009/65/CE en ce qui concerne les compétences de l'Autorité européenne de surveillance (Autorité bancaire européenne), l'Autorité européenne de surveillance (Autorité européenne des assurances et des pensions professionnelles) et l'Autorité européenne de surveillance (Autorité européenne des marchés financiers), *JOUE* L 331/120, 15 décembre 2010.

⁴⁵⁵ P.-H. CONAC, V. CAILLAT, « De CESR à l'ESMA : le Rubicon est franchi », *BJB*, 1^{er} nov. 2010 n° 6, p. 500 et s. : « De même que la crise financière et la grande dépression des années 1930 avaient conduit les États-Unis à créer en 1934 une autorité de régulation des marchés financiers, la Securities and Exchange Commission (SEC), et à réformer profondément leur réglementation bancaire (Glass-Steagall Act de 1933) et boursière (Securities Act de 1933 et Exchange Act de 1934), la crise financière de 2007 et la récession qui l'a suivie ont conduit l'Union européenne à réformer sa réglementation et à se doter d'organes de supervision en matière financière. Il s'agit d'une véritable révolution dans l'intégration des marchés financiers européens. » ; Voir également O. DUFOUR, « L'Europe se dote d'un système de supervision financière... enfin ! », *LPA*, 30 sept. 2010 n° 195, p. 4 ; TH. BONNEAU, « La réforme de la supervision financière européenne », *Lamy Droit des affaires*, n° 56, 1er janv. 2011, pp. 31-36 ; P.-E. PARTSCH, « Droit bancaire et financier européen », *Revue Journal de droit européen*, n° 175, 1er janv. 2011, pp. 15-20 ; A.-C. MULLER, « La réforme du système européen de surveillance financière : organisation et fonctionnement des autorités européennes de surveillance », *RD bancaire et fin.* 1er janv. 2011, n°2, pp. 17-19 ; R. VABRES, « La réforme du système européen de surveillance financière : les pouvoirs des autorités européennes de surveillance », *RD bancaire et fin.*, 1er janv. 2011, n° 2, pp. 19-23 ; F., MARTUCCI, J., LASSERRE CAPDEVILLE, J.-P. KOVAR, « Le système européen de surveillance financière », *Revue Europe*, 1er juin 2011, n° 6, pp. 4-9 ; RUMEAU-MAILLOT, H., « L'Europe et la régulation des services financiers : entre principes et réalité », *RD bancaire et fin.*, 1er juillet 2011, n° 4, pp. 61-65 ; J.-P. KOVAR, « Les autorités européennes de surveillance : organes des régulateurs nationaux, agences européennes de régulation ou autorités européennes de régulation ? », *RD bancaire et fin.*, 1er juillet 2011, n° 4, pp. 70-74 ; F. MARTUCCI, « Régulation financière dans l'Union européenne : les instruments de convergence », *RD bancaire et fin.* 1er juillet 2011, n°

nationales⁴⁵⁶. Les failles de la régulation et du système de contrôle financier en Europe qui ont permis une accumulation de risques excessifs. La surveillance n'a pas détecté à temps ces problèmes, faute d'une coordination optimale entre les nombreuses autorités nationales⁴⁵⁷.

201. Genèse de la nouvelle architecture de supervision en Europe. Forte de ce constat, en novembre 2008, la Commission a mandaté un groupe d'experts à haut niveau, dirigé par Jacques de Larosière, de formuler des recommandations quant à la manière de renforcer le dispositif de surveillance en Europe. La finalité déclarée de ces travaux était d'identifier les moyens de rétablir le bon fonctionnement du système financier, de mieux protéger les citoyens et de rétablir la confiance dans le système financier.⁴⁵⁸ Le «rapport Larosière» a été présenté le 25 février 2009 et a notamment recommandé la création, au niveau de l'Union, d'un organisme chargé d'assurer la surveillance du risque à l'échelon du système financier dans son ensemble et des organismes chargés du contrôle micro-prudentiel.

Dans sa communication du 4 mars 2009 intitulée «L'Europe, moteur de la relance», la Commission a soutenu largement les recommandations du rapport de Larosière. Lors de sa réunion des 19 et 20 mars 2009, le Conseil européen est convenu de la nécessité d'améliorer la réglementation et la surveillance des établissements financiers dans l'Union et d'utiliser le rapport de Larosière comme base pour les travaux.

La création de la nouvelle architecture de la supervision financière en Europe s'est réalisée par étapes successives. Tout d'abord, dès 2011, il y a eu l'étape de la coordination des mesures nationales de surveillance bancaire, via des autorités européennes à deux niveaux : un niveau macro-prudentiel et un niveau micro-prudentiel. Peu de temps après, les dirigeants de l'Union européenne ont décidé le passage à un système intégré, du moins pour les banques de la zone euro. Ainsi, pour le Conseil de l'Union européenne la « *surveillance intégrée est essentielle pour que les règles prudentielles soient réellement appliquées, pour contrôler les*

4, pp. 66-70 ; H. CAUSSE, « Réguler les excès de la finance, à propos des risques de la finance », Dossier "Le risque, 10 ans après l'affaire Enron", Regard croisés Canada-France-États-Unis (Lyon, 10 novembre 2011) *JCP E* 2012, n° 24, pp. 52-53.

⁴⁵⁶ A. COURET et al., *Droit financier, op. cit.*, n° 1601 et s. ; TH. BONNEAU, *Droit bancaire, op. cit.*, n° 176 et s. ; R. ROUTIER, *Obligations et responsabilité du banquier*, Dalloz, 2011, n° 933.26 ; E. BOURETZ, « La défaillance de la régulation financière », *RD bancaire et fin.*, 2009, n° 5, p. 72 ; Y. PACLOT, « Vers une régulation financière mondiale », *RD bancaire et fin.*, 2009, n° 6, p. 1 ; J. BEGUIN, « Mise en place des organes de régulation financière européenne » *JCP E* 2010, n° 39, p. 11.

⁴⁵⁷ Les États-Unis ont adopté en 2010 une réforme dans le domaine de la régulation bancaire et financière, connue sous le nom de Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act. La réforme a créé deux agences de réglementation, le Financial Stability Oversight Council (FSOC) et l'Office of Financial Research, dépendant toutes deux du Département du Trésor. La FSOC a pratiquement les mêmes prérogatives que son homologue européen CERS. Le FSOC poursuit trois objectifs : l'identification des risques pesant sur la stabilité financière des États-Unis et provenant tant des institutions financières et que des institutions non-financières ; favoriser la discipline des marchés en éliminant l'idée qu'en cas de défaut, le gouvernement les protégerait des pertes (en d'autres termes, lutter contre le *too big to fail*) ; répondre aux menaces émergentes sur la stabilité du système financier des États-Unis. ; H. DE VAUPLANE, « La réforme financière aux États-Unis », *Banque*, n° 727, sept. 2010, p. 83.

⁴⁵⁸ Voir le règlement (UE) n° 1092/2010 du Parlement européen et du Conseil du 24 novembre 2010 relatif à la surveillance macro-prudentielle du système financier dans l'Union européenne et instituant un Comité européen du risque systémique.

risques et prévenir les crises dans l'ensemble de l'Union européenne. » Par conséquent, un nouveau mécanisme de surveillance unique a été institué par le règlement européen 1024/2013⁴⁵⁹. Conçu comme l'un des piliers de la future Union bancaire, il attribue à la BCE le rôle du contrôleur des banques les plus importantes de la zone euro et, implicitement, la responsabilité ultime de l'exercice de missions de surveillance spécifiques concernant la stabilité financière.

La période 2011 – 2014 constitue, *dès lors*, un tournant pour le contrôle prudentiel en Europe⁴⁶⁰, étant marquée par le lancement du système européen de surveillance financière et la création du mécanisme de supervision unique⁴⁶¹.

202. Finalités. Cette nouvelle structure de supervision a été conçue pour répondre aux défaillances constatées en matière de détection des risques et de réaction à temps, de manière coordonnée et efficace. Dans ce contexte, M. Michel Barnier, commissaire européen chargé du marché intérieur, s'est exprimé en ces termes: *«Pour que les règles du marché unique soient appliquées de manière cohérente, il faut améliorer l'efficacité de la surveillance bancaire dans tous les pays européens. C'est à la BCE qu'il incombera de veiller à ce que les banques de la zone euro aient des pratiques financières saines. Notre objectif ultime est de ne plus utiliser l'argent des contribuables pour renflouer les banques»*. Et d'ajouter: *«le mécanisme que nous proposons sépare les fonctions de surveillance des fonctions de politique monétaire au sein de la BCE, et nous avons veillé à ce que la BCE soit responsable devant le Parlement européen pour les décisions prises en matière de surveillance.»*

Dans la mesure où notre étude est centrée sur la gestion du risque juridique, nous traiterons ces questions succinctement, en montrant ci-dessous les principales mesures de la réforme européenne portant sur le système de surveillance prudentielle.

*1. Le système européen de surveillance financière*⁴⁶²

203. Les organes constitutifs du SESF. Le système européen de surveillance financière regroupe au sein d'un réseau, les autorités de contrôle à l'échelon national et à l'échelon de l'Union. En application du principe de coopération loyale inscrit à l'article 4, paragraphe 3, du traité sur l'Union européenne, toutes les autorités, nationales et européennes, doivent

⁴⁵⁹ Voir *supra* n° 199 et *infra* n° 209 à 212.

⁴⁶⁰ Selon l'expression utilisée par M. Michel Barnier lors d'un discours intitulé La date du 1er janvier 2011 constitue un tournant pour le secteur financier en Europe, du 1^{er} janvier 2011.

⁴⁶¹ Voir *infra* n° 209 et ss.

⁴⁶² Pour les raisons du choix du mot « surveillance » au lieu de « régulation », voir A. BOUJEKA, « Vers un modèle de régulation des marchés financiers dans l'Union européenne ? » D. 2012 p. 1355 : « Cet anglicisme, forgé à partir du verbe superviser traduit l'action de surveiller, de contrôler. La supervision doit donc pouvoir être assimilée à la surveillance. On admettra pourtant que la terminologie européenne est tout sauf anodine, justifiée par les dérives récentes et actuelles des marchés financiers qui appellent une surveillance renforcée. Surveillance s'impose dès lors comme l'expression véritable de l'ambition régulatrice de l'UE. (...) Par commodité de langage, nous tiendrons cependant pour équivalents les termes régulation, supervision et surveillance. ».

coopérer dans un esprit de confiance et de respect mutuel complet, pour que des informations appropriées et fiables puissent être échangées⁴⁶³.

Au niveau de l'Union, le réseau réunit le Comité Européen du Risque Systémique, les trois autorités de surveillance micro-prudentielle (l'Autorité bancaire européenne⁴⁶⁴, l'Autorité européenne des assurances et des pensions professionnelles⁴⁶⁵ et l'Autorité européenne des marchés financiers⁴⁶⁶) et le comité mixte des autorités européennes de surveillance⁴⁶⁷.

Les organes constitutifs du Système européen de supervision financière (SESF)

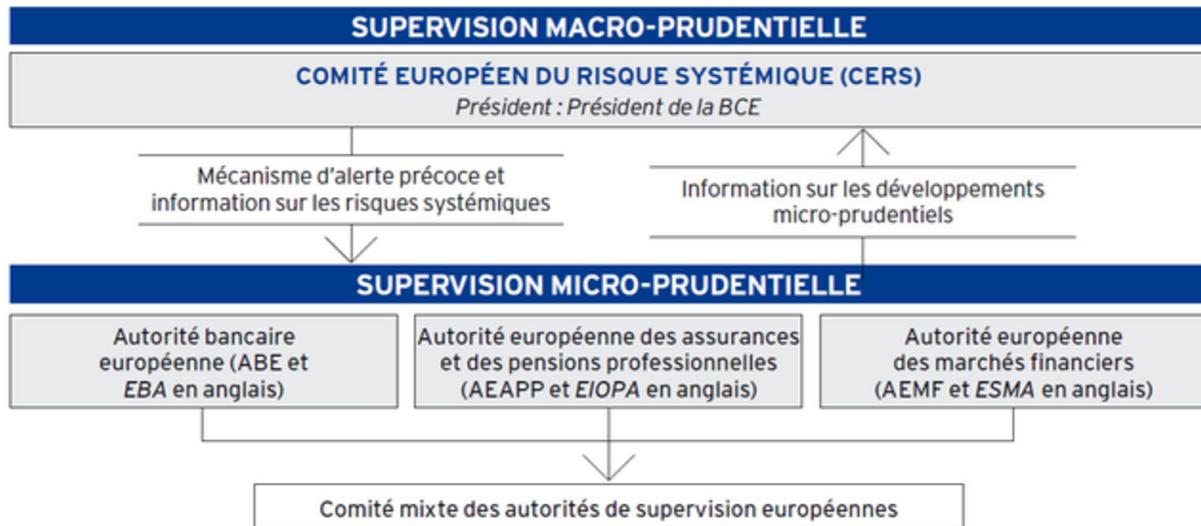


Figure n° 1 : Les organes constitutifs du SESF⁴⁶⁸

204. La surveillance macro-prudentielle. Compte tenu de l'intégration des marchés financiers internationaux et du risque de contagion des crises financières, le Conseil européen du risque systémique (CERS) a été créé pour surveiller le système financier tout entier. Son objectif est d'avoir une vision globale des risques potentiels qui pourraient contribuer au développement d'une crise à l'avenir. La principale mission du CERS est donc la surveillance macro-prudentielle du système financier européen, la détection des risques pesant tant sur les secteurs financiers que sur les systèmes de garantie. Une fois collectées les informations sur les risques systémiques, cette instance européenne est en droit d'émettre des alertes et de

⁴⁶³ J.-L. GUILLOT, P.-Y. BERARD, " La nouvelle architecture européenne », *Banque*, n° 730-731, déc. 2010, p. 128-129 ; J. M. GARCIA-MARGALLO Y MARFIL, « Un cadre commun enfin mis en place », *Banque*, n° suppl. G20, déc. 2010, p. 16 ; R. VABRES, « Le système européen de supervision : état des lieux et perspectives », *RD bancaire et fin.*, janv.-févr. 2010, p. 27-31.

⁴⁶⁴ Règlement (UE) n° 1093/2010 du Parlement européen et du Conseil.

⁴⁶⁵ Règlement (UE) n° 1094/2010 du Parlement européen et du Conseil.

⁴⁶⁶ Règlement (UE) n° 1095/2010 du Parlement européen et du Conseil.

⁴⁶⁷ Art. 54 à 57 du Règlement 1093/2010 précité, du règlement 1094/2010 et du règlement 1095/2010;

⁴⁶⁸ Source : site internet de l'Autorité de contrôle prudentiel (ACP), France <http://www.acp.banque-france.fr/international/la-cooperation-au-niveau-europeen/le-systeme-europeen-de-supervision-financiere.html> (page consultée le 8 novembre 2013).

formuler des recommandations pour répondre aux risques identifiés.⁴⁶⁹ Afin d'assurer son rôle au niveau macro-prudentiel⁴⁷⁰, il travaille en étroite coordination avec les nouvelles Autorités européennes de supervision qui ont une vision sectorielle des risques, chacune en fonction du domaine de compétence qui lui a été attribué.

205. La surveillance micro-prudentielle. Trois nouvelles autorités européennes de surveillance (AES) propres à chaque secteur d'activité ont vu le jour en 2010: une autorité européenne des marchés financiers pour le secteur financier, une autorité bancaire européenne pour le secteur bancaire et une autorité des assurances et des pensions professionnelles pour le secteur des assurances.

206. Missions des autorités européennes de supervision. Elles ont « *pour objectif de protéger l'intérêt public en contribuant à la stabilité et à l'efficacité à court, moyen et long terme du système financier, pour l'économie de l'Union, ses citoyens et ses entreprises.* »⁴⁷¹

Les autorités européennes ne se substituent pas aux autorités nationales qui conservent la surveillance au quotidien. Leur activité vise principalement la coordination, le suivi et, si besoin, l'arbitrage entre autorités nationales, tout en contribuant à harmoniser les règles techniques qui s'appliquent à ces institutions. Ainsi leur principal objectif consiste à développer le corpus réglementaire unique (*Single Rulebook*) et à assurer la convergence des pratiques de surveillance dans l'ensemble de l'Union. Par ailleurs, elles doivent promouvoir la simplicité des produits et d'émettre des alertes lorsqu'une activité financière constitue une menace pour l'intérêt public. Après la mauvaise expérience des *subprimes* et de la (re)titrisation, les Autorités de surveillance européennes doivent surveiller toutes les activités financières et notamment les activités innovantes. C'est précisément la tâche qui revient au comité de l'innovation financière qui doit contribuer à une approche coordonnée des différentes autorités nationales sur les nouveaux produits, et d'émettre des avis à l'intention du Parlement européen, du Conseil et de la Commission sur ces matières.

207. Prérogatives des autorités européennes de supervision. Les nouvelles autorités de surveillance bénéficient d'une existence juridique et d'un vrai pouvoir de surveillance, tout en disposant d'un pouvoir de médiation contraignante en cas de litige entre deux superviseurs nationaux. Elles ont également un vrai pouvoir de contrôle exercé sur les autorités nationales ; elles donnent des instructions, et en cas de non-réponse peuvent demander directement à

⁴⁶⁹ *Report of the High-level Group on Financial Supervision in the EU*, chaired by J. DE LAROSIERE, Brussels, 25 February 2009, consultable sur le site internet :

http://ec.europa.eu/internal_market/finances/docs/de_larosiere_report_en.pdf (page consultée le 15 décembre 2012) ; J. DE LAROSIERE, « La gestion des crises systémiques et les réformes du système financier », *Rev. eco. fin.* 2010-4 n° 100, p. 24-25 ; J.-P. LANDAU, « Bulles et surveillance macroprudentielle », Sous-gouverneur de la Banque de France, Conférence organisée conjointement par la Banque de France et l'École d'économie de Toulouse, Paris, 28 janv. 2009.

⁴⁷⁰ Voir C. BORIO, « L'approche macroprudentielle appliquée à la régulation et à la surveillance financières », *Revue de stabilité financière*, n° 13, sept. 2009, p. 35 et s.

⁴⁷¹ Règlement (UE) n° 1093/2010 du Parlement européen et du Conseil, art. 1.5 ; Règlement (UE) n° 1094/2010 du Parlement européen et du Conseil, art. 1.5 ; Règlement (UE) n° 1095/2010 du Parlement européen et du Conseil, art. 1.5.

l'institution financière concernée de se conformer aux dispositions législatives de l'Union européenne⁴⁷². Il convient de souligner qu'elles peuvent également interdire temporairement un produit ou une activité à risque⁴⁷³.

Dans les situations d'urgence, les autorités de surveillance européennes sont dotées de compétences visant à préserver le bon fonctionnement et l'intégrité des marchés financiers ou la stabilité globale ou partielle du système financier dans l'Union. L'Autorité sectorielle en question peut ainsi prendre des décisions individuelles contraignantes à l'encontre des autorités nationales concernées pour répondre à la situation d'urgence⁴⁷⁴, pouvant aller jusqu'à la prise d'une décision individuelle directement à l'encontre d'une entreprise assujettie. Etant donné que le sujet est éminemment politique et sensible, l'état d'urgence doit être constaté et qualifié comme tel par le Conseil, à la demande de l'Autorité elle-même, de la Commission ou du CERS et en concertation avec ces organes.

208. Autorité bancaire européenne (ABE). Dans la mesure où notre étude est centrée sur les risques des établissements de crédit, nous pensons qu'il est utile de mettre en évidence les prérogatives de l'Autorité bancaire européenne. Mise en place le 1er janvier 2011 par le règlement (UE) n° 1093 du 24 novembre 2010 elle se distingue des autres deux autorités européennes de surveillance micro-prudentielle par son champ d'application. La création du mécanisme de surveillance unique n'a pas modifié ses attributions, mais a seulement ajusté ses compétences pour qu'elles restent efficaces⁴⁷⁵.

Elle a été créée pour favoriser la mise en place d'un cadre réglementaire unique pour les établissements bancaires européens (*Single Rule Book*), ayant aussi un rôle important dans l'évaluation des risques, la définition des priorités du travail de supervision et la protection du

⁴⁷² La médiation contraignante vise l'application cohérente et effective du droit de l'Union et la convergence des pratiques de surveillance. Il s'agit d'une grande avancée. L'Autorité européenne a désormais le pouvoir de prendre une décision qui s'impose à une autorité nationale. Nous signalons l'existence de deux limites dans l'exercice de ce nouveau pouvoir : d'une part son objectif qui vise à faire respecter le droit de l'Union, et d'autre part, les décisions prises par l'Autorité ne peuvent se substituer à l'exercice de ce pouvoir conformément au droit de l'Union, lorsque la législation applicable de l'Union laisse un pouvoir d'appréciation aux autorités compétentes des Etats membres.

⁴⁷³ Cette compétence vise directement la protection des consommateurs. La décision individuelle des autorités de surveillance à l'encontre d'une entreprise assujettie à surveillance prévaut sur toute décision antérieure émanant d'une autorité nationale. Désormais, l'autorité nationale doit se conformer à la décision individuelle directe de l'autorité sectorielle. L'avancée est majeure. Cependant, il reste à voir si l'Autorité européenne sectorielle a la capacité d'agir directement auprès des autorités judiciaires nationales concernées pour faire exécuter la décision individuelle. Il est probable que ces décisions créent des effets directs qui pourront être invoqués devant les juridictions nationales. En même temps, il est évident que la Commission européenne garde ses prérogatives en matière de procédure d'infraction prévues par l'art. 258 du TFUE.

⁴⁷⁴ Cette compétence est similaire à la compétence de médiation contraignante. Cela étant, dans les situations d'urgence, aucun considérant ne vient restreindre les compétences des Autorités européennes lorsque leurs homologues nationaux exercent un pouvoir d'appréciation en application du droit de l'Union.

⁴⁷⁵ Règlement (UE) n° 1022/2013 du Parlement Européen et du Conseil du 22 octobre 2013 modifiant le règlement (UE) no 1093/2010 instituant une Autorité européenne de surveillance (Autorité bancaire européenne) en ce qui concerne des missions spécifiques confiées à la Banque centrale européenne en application du règlement (UE) no 1024/2013.

consommateur. L'autorité doit contribuer à assurer une application cohérente et effective des textes européens, favoriser la convergence en matière de surveillance, fournir des avis au Parlement européen, au Conseil et à la Commission. Elle doit « *protéger l'intérêt public en contribuant à la stabilité et à l'efficacité à court, moyen et long terme du système financier, pour l'économie de l'Union, ses citoyens et ses entreprises. L'Autorité contribue à:*

- a) améliorer le fonctionnement du marché intérieur, notamment par un niveau de réglementation et de surveillance sain, efficace et cohérent,*
- b) assurer l'intégrité, la transparence, l'efficacité et le bon fonctionnement des marchés financiers,*
- c) renforcer la coordination internationale de la surveillance,*
- d) éviter les arbitrages réglementaires et favoriser des conditions de concurrence égales,*
- e) veiller à ce que la prise de risques de crédit ou autres soit correctement réglementée et surveillée, et*
- f) renforcer la protection des consommateurs »⁴⁷⁶*

2. Le mécanisme de surveillance unique – dans la perspective d'une union bancaire

209. Contexte. A l'origine des propositions de création d'un mécanisme de surveillance unique au niveau européen se trouve l'amer constat que la libre circulation des capitaux au sein du marché intérieur de l'Union européenne n'a pas été accompagnée d'une harmonisation des règles et une coopération des organismes de contrôle. Chaque pays avait ses propres autorités de tutelle qui le plus souvent ne coopéraient pas. La crise économique et financière a révélé de multiples dysfonctionnements liés à l'absence d'un contrôleur unique qui a empêché notamment d'anticiper l'évolution macro-prudentielle défavorable et de prévenir l'accumulation de risques excessifs dans le système financier. Si le constat était évident, l'accord politique au niveau des Etats membres l'était moins. C'est ce qui explique la création, dans un premier temps, du système européen de surveillance financière qui a eu le grand mérite d'améliorer la coopération entre les autorités de surveillance nationales et une meilleure visibilité sur les risques tant à l'échelle microéconomique que macroéconomique. Puis un accord économique a été finalement trouvé en décembre 2012 pour la mise en place d'un mécanisme de surveillance unique (MSU) à partir de novembre 2014, conçu comme l'un des trois piliers d'une véritable union bancaire européenne.

210. Paquet législatif. Le paquet législatif instaurant le MSU est composé d'un règlement qui confère à la BCE d'importants pouvoirs en vue de la surveillance des banques les plus importantes de la zone euro et à terme de celles des pays qui ne sont pas membres de la zone euro⁴⁷⁷ et d'un règlement qui apporte les modifications nécessaires au statut de l'ABE⁴⁷⁸. La

⁴⁷⁶ Art. 1.5 du règlement (UE) 1093/2010 précité.

⁴⁷⁷ Règlement (UE) n° 1024/2013 du Conseil du 15 octobre 2013 confiant à la Banque centrale européenne des missions spécifiques ayant trait aux politiques en matière de surveillance prudentielle des établissements de crédit.

BCE a été choisie pour remplir la fonction du superviseur unique et cela malgré les critiques sur d'éventuels conflits d'intérêts entre son nouveau rôle et ses prérogatives historiques, à savoir notamment la politique monétaire⁴⁷⁹.

211. Composition, champ d'application et prérogatives du MSU. Composé de la BCE et des autorités compétentes nationales, le mécanisme européen de surveillance s'intègre dans le cadre du SESF, imposant ainsi une étroite coopération entre la BCE, les autorités nationales de surveillance et l'Autorité bancaire européenne. Le contrôle unique sera effectué par un conseil de supervision adossé à la BCE, à partir du 4 novembre 2014, à l'égard des grands établissements de crédit, considérés comme tels s'ils respectent l'un des critères techniques énumérés par le législateur⁴⁸⁰, sans exclure pour autant la possibilité d'éteindre le contrôle à tous les établissements de crédits agréés dans les Etats membres participants⁴⁸¹.

En ce qui concerne les missions de la BCE, il convient de souligner qu'elle aura notamment la compétence d'agréer les établissements de crédit, d'évaluer les participations qualifiées, de veiller au respect des exigences minimales de fonds propres ainsi qu'à l'adéquation du capital interne par rapport au profil de risque de l'établissement de crédit concerné et de surveiller en partie les conglomérats financiers, les autorités nationales compétentes restant chargées du

⁴⁷⁸ Règlement (UE) n° 1022/2013 précité.

⁴⁷⁹ TH. BONNEAU, « Mécanisme de surveillance unique », *JCP E* 2012, 1645.

⁴⁸⁰ Règlement (UE) n° 1024/2013 du Conseil précité, article 6 : « (...) Cette importance est appréciée sur la base des critères suivants :

- i) la taille;
- ii) l'importance pour l'économie de l'Union ou d'un Etat membre participant;
- iii) l'importance des activités transfrontalières de l'établissement.

En ce qui concerne le premier alinéa ci-dessus, un établissement de crédit, une compagnie financière holding ou une compagnie financière holding mixte n'est pas considéré comme moins important, sauf si des circonstances particulières, à préciser dans la méthodologie, justifient de le considérer comme tel, si l'une quelconque des conditions suivantes est remplie :

- i) la valeur totale de ses actifs est supérieure à 30 milliards d'euros;
- ii) le ratio entre ses actifs totaux et le PIB de l'Etat membre participant d'établissement est supérieur à 20 %, à moins que la valeur totale de ses actifs soit inférieure à 5 milliards d'euros;
- iii) à la suite d'une notification de son autorité compétente nationale estimant que l'établissement présente un intérêt important pour l'économie nationale, la BCE arrête une décision confirmant cette importance après avoir procédé à une évaluation exhaustive comprenant une étude du bilan de l'établissement de crédit concerné.

La BCE peut également, de sa propre initiative, considérer qu'un établissement présente un intérêt important s'il a établi des filiales bancaires dans plus d'un Etat membre participant et si ses actifs ou passifs transfrontaliers représentent une partie importante de ses actifs ou passifs totaux, sous réserve des conditions fixées dans la méthodologie. ».

⁴⁸¹ Règlement (UE) n° 1024/2013 du Conseil précité, consid. (16) : « La sécurité et la solidité des grands établissements de crédit sont essentielles à la stabilité du système financier. Un certain nombre d'événements récents montrent cependant que celle-ci peut aussi se trouver menacée du fait de plus petits établissements financiers. Il conviendrait dès lors que la BCE puisse exercer ses missions de surveillance à l'égard de tous les établissements de crédits agréés dans les Etats membres participants et de toutes les succursales qui y sont établies. ».

contrôle prudentiel de chacune des entreprises d'assurance faisant partie d'un groupe donné⁴⁸².

212. Sanctions efficaces, proportionnées et dissuasives. La BCE aura donc à partir de novembre 2014 tous les pouvoirs nécessaires en matière de surveillance, soit le pouvoir d'agréer les établissements de crédit, de retirer leur agrément, de révoquer des membres de

⁴⁸² Art. 4 du règlement (UE) n° 1024/2013 du Conseil du 15 octobre 2013, « Missions confiées à la BCE » :
« 1. Dans le cadre de l'art. 6, la BCE est, conformément au paragraphe 3 du présent article, seule compétente pour exercer, à des fins de surveillance prudentielle, les missions suivantes à l'égard de tous les établissements de crédit établis dans les Etats membres participants:
a) agréer les établissements de crédit et retirer les agréments des établissements de crédit, sous réserve de l'art. 14;
b) pour les établissements de crédit établis dans un Etat membre participant qui souhaitent établir une succursale ou fournir des services transfrontaliers dans un Etat membre non participant, exercer les missions confiées à l'autorité compétente de l'Etat membre d'origine dans le cadre des dispositions pertinentes du droit de l'Union;
c) évaluer les notifications d'acquisitions et de cessions de participations qualifiées dans les établissements de crédit, sauf dans le cadre de la résolution des défaillances bancaires et sous réserve de l'art. 15;
d) veiller au respect des actes visés à l'art. 4, paragraphe 3, premier alinéa, qui imposent des exigences prudentielles aux établissements de crédit dans les domaines des exigences de fonds propres, de la titrisation, des limites applicables aux grands risques, de la liquidité, de l'effet de levier ainsi que des déclarations d'informations et des informations à destination du public sur ces sujets;
e) veiller au respect des actes visés à l'art. 4, paragraphe 3, premier alinéa, qui imposent aux établissements de crédit des exigences en vertu desquelles ceux-ci devront disposer de dispositifs solides en matière de gouvernance, y compris les exigences d'honorabilité, de connaissances, de compétences et d'expérience nécessaires à l'exercice des fonctions des personnes chargées de la gestion des établissements de crédit, de processus de gestion des risques, de mécanismes de contrôle interne, de politiques et de pratiques de rémunération ainsi que de procédures efficaces d'évaluation de l'adéquation du capital interne, y compris des modèles fondés sur les notations internes;
f) mener des contrôles prudentiels, y compris, le cas échéant en coordination avec l'ABE, par la réalisation de tests de résistance et leur publication éventuelle, visant à déterminer si les dispositifs, stratégies, processus et mécanismes mis en place par les établissements de crédit et les fonds propres qu'ils détiennent garantissent la bonne gestion et la couverture de leurs risques, et, sur la base de ce contrôle prudentiel, imposer aux établissements de crédit des exigences spécifiques de fonds propres supplémentaires, des exigences spécifiques de publicité, des exigences spécifiques de liquidité et d'autres mesures lorsque les dispositions pertinentes du droit de l'Union permettent expressément aux autorités compétentes d'agir;
g) assurer la surveillance sur base consolidée des sociétés mères des établissements de crédit établies dans l'un des Etats membres participants, y compris les compagnies financières holdings et les compagnies financières holdings mixtes, et participer à la surveillance sur base consolidée, notamment au sein des collèges d'autorités de surveillance, sans préjudice de la participation à ces collèges, en tant qu'observateurs, des autorités compétentes nationales, des sociétés mères non établies dans l'un des Etats membres participants;
h) participer à la surveillance complémentaire d'un conglomérat financier en ce qui concerne les établissements de crédit qui en font partie et assumer un rôle de coordination lorsque la BCE est désignée en tant que coordinateur pour un conglomérat financier, conformément aux critères énoncés dans les dispositions pertinentes du droit de l'Union;
i) exécuter des missions de surveillance concernant les plans de redressement et l'intervention précoce lorsqu'un établissement de crédit ou un groupe pour lequel la BCE est l'autorité à laquelle incombe la surveillance consolidée ne répond pas ou est susceptible de ne plus répondre aux exigences prudentielles applicables ainsi que, dans les seuls cas explicitement prévus où les dispositions pertinentes du droit de l'Union permettent aux autorités compétentes d'agir, concernant les changements structurels requis des établissements de crédit pour qu'ils préviennent les difficultés financières ou les défaillances, à l'exclusion de tout pouvoir de résolution. ».

leur conseil d'administration, d'imposer des amendes ou des astreintes, ainsi que tous les pouvoirs d'enquête, y compris de contrôle sur place, si nécessaire. Aux termes de l'article 18 du règlement européen n° 1024/2013 du 15 octobre 2013, la BCE peut imposer des « *sanctions pécuniaires administratives d'un montant maximal correspondant au double des gains retirés de l'infraction ou des pertes qu'elle a permis d'éviter, si ceux-ci peuvent être déterminés, ou d'un montant maximal correspondant à 10 % du chiffre d'affaires annuel total* », ou toute autre sanction pécuniaire prévue par les dispositions pertinentes du droit de l'Union. En application du même article les sanctions appliquées doivent être « *efficaces, proportionnées et dissuasives* ».

CONCLUSION DE LA SECTION I :

213. Gestion des risques et sanctions de la part des autorités de surveillance. Nous venons de présenter le premier grand enjeu de la bonne gestion des risques bancaire : l'évitement d'une sanction de la part des autorités de contrôle qui serait préjudiciable pour les établissements de crédit tant du point de vue financier, que du point de vue de leur réputation et de celle de la place financière en général.

214. Changements à venir en matière de surveillances des risques. Nous avons opté pour une présentation du contrôle bancaire dans son contexte actuel, étant donné que la supervision bancaire a été fortement impactée par la crise de ces dernières années. Ainsi, nous avons vu que la première ligne de défense nationale et européenne face à la crise a été celle de systématiser et réformer le contrôle bancaire et financier. A partir de 2014, la surveillance des banques se présentera sous une forme pyramidale : à la base de la pyramide se situe le contrôle interne, dont la mise en place effective et efficace est une obligation fondamentale aux termes de la loi et au sommet de la pyramide se situeront la BCE et les autorités de surveillance européennes.

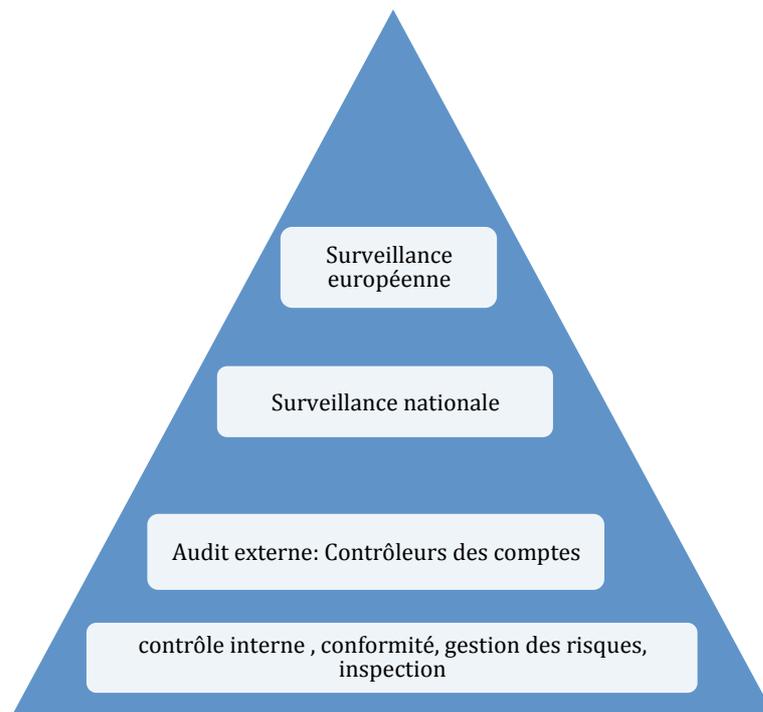


Figure n° 2 : L'organisation du contrôle (surveillance) bancaire

Mais étant donné qu'il n'est pas suffisant de mettre en place de nouvelles autorités, nous verrons que la réponse internationale, européenne et nationale comprend une deuxième ligne de défense qui consiste dans des exigences accrues en matière de *fonds propres* et un renforcement de la réglementation micro-prudentielle. Celle-ci représente également le plus grand enjeu de la gestion des risques bancaires.

Section II : La réglementation en matière de capitaux propres

215. Fonds propres – observations générales. La mise en place des normes réglementaires en matière de fonds propres est une conséquence de la nécessité d'éviter les risques résultant d'une éventuelle inadéquation des capitaux propres par rapport au volume des engagements pris par un établissement de crédit. En effet, la solidité et le refinancement des banques dépendent de la quantité et la qualité des capitaux propres⁴⁸³, car un niveau adéquat de fonds propres constitue l'une des principales garanties contre les risques bancaires de crédit, de marché, opérationnel et de liquidité et *in fine* un moyen de protéger les dépôts des épargnants, car les fonds propres permettent de couvrir les pertes⁴⁸⁴. La présence des fonds propres importants permet de rassurer les marchés, les autorités de surveillance et les déposants. Cependant n'oublions pas que, du point de vue comptable, les fonds propres sont inscrits dans le passif du bilan⁴⁸⁵ et représentent de l'argent immobilisé. Or, comme toute entreprise, les actionnaires sont en quête de rentabilité. Si une banque surévalue ses besoins en fonds propres, elle peut être tentée de développer des activités trop risquées ou elle nuit tout simplement à sa propre compétitivité. C'est ce qui explique l'essor de la gestion des risques qui permet à l'établissement de crédit d'identifier et évaluer ses risques afin de fixer un niveau équilibré de fonds propres⁴⁸⁶.

216. Capital réglementaire *versus* capital économique. Il est finalement utile de souligner que le capital réglementaire (les fonds propres) requis par les Accords de Bâle se distingue du capital économique. Ils « *répondent à des objectifs finaux sensiblement distincts (...)Le capital économique répond à un objectif premier de gestion interne des établissements, tandis que le capital réglementaire vise à assurer une solvabilité minimale des institutions et de l'ensemble du secteur bancaire* »⁴⁸⁷. Ainsi, le capital réglementaire est de première importance pour les créanciers et les autorités de surveillance, car il permet de juger si la

⁴⁸³ BRI, Comité de Bâle sur le contrôle bancaire, *Convergence internationale de la mesure et des normes de fonds propres*, 1988, précité soulignait déjà cette idée : « En outre, et d'une manière plus générale, les ratios de fonds propres, considérés isolément, peuvent fournir des indications erronées sur la solidité relative des banques. La qualité des actifs d'une banque joue également un grand rôle à cet égard, de même que, à un degré élevé, le niveau des provisions qui peuvent avoir été constituées en complément des fonds propres pour garantir des actifs de valeur douteuse ».

⁴⁸⁴ J. HULL, *Gestion des risques et institutions financières*, *op. cit.*, pp. 147-173 et pp. 289-305.

⁴⁸⁵ Le passif du bilan se décompose en plusieurs éléments parmi lesquels : les capitaux propres, les autres fonds propres, les provisions pour risques et charges, les dettes, les comptes de régularisation, etc. voir en ce sens A. COURET, J. DEVEZE et G. HIRIGOYEN, *op. cit.*, n° 497.

⁴⁸⁶ Les fonds propres ont été définis dans la doctrine juridique comme « l'ensemble des biens matériels et financiers de la société (ou de l'association, ou encore du groupement d'intérêt économique) caractérisés par les critères de propriété, d'affectation et de permanence, lui servant, selon les cas, de moyens de financement, de clé de répartition des droits et du pouvoir, de sécurité, de garantie et de couverture du risque ». : A. COURET, J. DEVEZE et G. HIRIGOYEN, *op. cit.*, n° 497, p. 351 qui font référence à E. KOBBO, *Contribution à l'étude juridique des fonds propres*, thèse Paris IX- Dauphine, 1987, p. 119.

⁴⁸⁷ M. TIESSET et PH. TROUSSARD, « Capital réglementaire et capital économique » in Banque de France, *Revue de la stabilité financière*, n° 7, novembre 2005, http://www.acp.banque-france.fr/fileadmin/user_upload/acp/publications/documents/200511-capital-reglementaire-et-capital-economique.pdf (consultée le 10 octobre 2013).

banque peut faire face aux pertes inattendues⁴⁸⁸. Il vise principalement à « *assurer la solidité et la stabilité de l'établissement de crédit et du système bancaire dans son ensemble* »⁴⁸⁹. En revanche, le capital économique concerne principalement les actionnaires, car il est essentiel dans la définition de la stratégie de la banque et sa composition est différente de celle des fonds propres. Défini par chaque établissement, le capital économique doit couvrir tous les risques, y compris ceux qui ne sont pas concernés par les Accords de Bâle. Il vise ainsi à la prise en compte exhaustive des risques d'une banque et « *en pratique, le niveau de capital économique est défini par la direction de l'établissement par rapport à son objectif de notation externe* »⁴⁹⁰.

D'où l'intérêt de présenter brièvement la réglementation internationale (§1), européenne (§2) et nationale (§3) en matière de fonds propres.

§1. La réglementation au niveau international : les Accords de Bâle

217. Le Comité de Bâle – régulateur international. Pour éviter les distorsions de concurrence dans les principales places financières internationales, le Comité de Bâle⁴⁹¹ a développé des principes et des standards minimaux en matière de fonds propres et de supervision exercée sur les établissements bancaires par les régulateurs⁴⁹². Institution composée des représentants de 13 banques centrales, adossé à la Banque des règlements internationaux, ayant le siège en Suisse, le Comité a vu le jour en 1974 suite aux faillites de la banque allemande Herstatt et de la banque américaine Franklin National Bank qui ont causé une grave crise sur le marché des changes.⁴⁹³

Pour accomplir sa mission le Comité élabore des principes, recommandations et conclusions que les Etats sont invités à intégrer dans leur législation nationale. Ses recommandations servent de référence aux banques et aux régulateurs nationaux des différents pays pour

⁴⁸⁸ C. LOMBARDINI, *Droit bancaire suisse*, 2^e éd., Schulthess, Editions Romandes, Genève, 2008, p. 99 : « Dès l'octroi d'un crédit, une banque court un risque de perte lié à la possibilité que le crédit ne soit pas remboursé. Ce risque est inéluctable. La perte que la banque subirait est dite perte attendue. En bonne technique bancaire, le risque que court une banque de ce fait doit être compensé par la facturation d'une prime de risque appropriée, incorporée dans le taux d'intérêt fixé pour le crédit concerné ou par le provisionnement. Les fonds propres exigés par Bâle II ne servent pas à couvrir les risques des pertes attendues, mais celles des pertes inattendues, soit les pertes qui surviennent en cas de réalisation de circonstances exceptionnelles. ».

⁴⁸⁹ M. TIESSSET et PH. TROUSSARD, *op. cit.*

⁴⁹⁰ *ibidem*.

⁴⁹¹ BCBS, www.bis.org/bcbs/index.htm; J.-Ph. KOVAR et J. LASSERRE-CAPDEVILLE, *Droit de la régulation bancaire*, Revue Banque, 2012, n° 502 et ss.

⁴⁹² Le Comité de Bâle a été désigné dans la doctrine juridique comme « un club de banquiers centraux et de superviseurs bancaires » P. RAIMBOURG, M. BOIZARD et al., *Ingénierie financière, fiscale et juridique*, Dalloz, 2009, n°25.42.

⁴⁹³ D. BLACHE, *La régulation des banques de l'Union Européenne face à la crise*, *op. cit.*, n° 332 ; R. RINI, *La responsabilité des autorités de surveillance en Europe*, *op. cit.*, p. 47.

évaluer la qualité de leurs systèmes de contrôle et identifier les futurs travaux à réaliser en vue de parvenir à un niveau minimum en matière de saines pratiques de contrôle⁴⁹⁴.

D'un point de vue juridique, ces textes sont dépourvus de caractère contraignant, étant en ce sens un exemple classique de « droit mou » ou *soft law*. Cependant, « *il ne faut pas en conclure que ses recommandations n'ont aucune portée. Adoptées par consensus entre hauts responsables des pays les plus importants sur le plan bancaire, les recommandations du Comité de Bâle constituent une source directe d'inspiration pour les régulateurs ou législateurs nationaux* »⁴⁹⁵.

218. Destinataires. Les destinataires des travaux de Comité de Bâle sont tout d'abord les banques ayant des activités internationales. Cependant, il convient de souligner que, par souci d'égalité de concurrence, l'Union européenne a étendu l'application des normes d'inspiration bâloise à tous les établissements bancaires⁴⁹⁶.

219. Domaine de compétences : surveillance et fonds propres. Sur fond de crises bancaires et diverses faillites dont celle de la banque italienne Banco Ambrosio en 1982, le Comité de Bâle a tout d'abord imposé un cadre général pour la surveillance internationale des établissements bancaires. Ainsi, des normes minimales ont vu le jour en 1992 pour le contrôle des groupes bancaires internationaux et de leurs établissements à l'étranger⁴⁹⁷ et les « Principes fondamentaux d'un contrôle bancaire efficace » en 1997⁴⁹⁸. En ce qui concerne la réglementation en matière de fonds propres, le Comité a élaboré pour la première fois en 1988 des normes minimales connues sous l'appellation d'« Accord de Bâle pour les fonds propres » et qui ont été révisées successivement en 1996, 2004, 2006 et 2010.

⁴⁹⁴ BRI, Comité de Bâle sur le contrôle bancaire, *Principes fondamentaux*, version révisée de 2006, objectif énoncé dans l'avant-propos ; document disponible sur internet : <http://www.bis.org/publ/bcbs129fre.pdf> ; Outre les Principes eux-mêmes, le Comité a élaboré un guide méthodologique plus détaillé sur l'évaluation de la conformité avec les différents Principes, dans le document intitulé *Méthodologie des Principes fondamentaux* publié initialement en 1999 et également mis à jour dans le cadre de la présente révision.

Le Comité de Bâle sur le contrôle bancaire, institué en 1975 par les gouverneurs des banques centrales des pays du Groupe des Dix, rassemble les autorités de contrôle des banques. Il est composé de hauts représentants des autorités de contrôle bancaire et de banques centrales d'Allemagne, d'Espagne, de Belgique, du Canada, des États-Unis, de France, d'Italie, du Japon, du Luxembourg, des Pays-Bas, du Royaume-Uni, de Suède et de Suisse. Ses réunions ont habituellement pour cadre la Banque des Règlements Internationaux, à Bâle, siège de son Secrétariat permanent.

⁴⁹⁵ D. BLACHE, *La régulation des banques de l'Union Européenne face à la crise*, op. cit. n° 332.

⁴⁹⁶ *ibidem*.

⁴⁹⁷ BIS, BCBS, *Minimum standards for the supervision of international banking and their cross-border establishments*, 1992.

⁴⁹⁸ BIS, BCBS, *Core Principles for Effective Banking Supervision*, 1997, révisé en 2006 ; Ce texte comporte 25 principes considérés comme nécessaires à l'efficacité d'un système de contrôle, classés en sept grandes catégories : objectifs, indépendance, pouvoirs, transparence et coopération (principe 1) ; agrément et structure (principes 2 à 5) ; réglementation et exigences prudentielles (principes 6 à 18) ; méthodes de contrôle bancaire permanent (principes 19 à 21) ; exigences en matière de comptabilité et d'information financière (principe 22) ; mesures correctrices à la disposition (23 à 25) ; Source : <http://www.bis.org/publ/bcbs129fre.pdf> (consultée le 26 avril 2011).

A. L'historique des réglementations bâloises en matière de fonds propres

1. Bâle I

220. Présentation du Bâle I. Le premier Accord de Bâle, « Convergence internationale de la mesure et des normes de fonds propres », adopté en juillet 1988, est le résultat des travaux effectués pendant plusieurs années par le Comité de Bâle pour réaliser une convergence internationale des réglementations de contrôle bancaire en matière du niveau des fonds propres des banques internationales.

221. Finalités. Les objectifs fondamentaux poursuivis par le régulateur international ont été tout d'abord de renforcer la solidité et la stabilité du système bancaire international, tout en créant un dispositif applicable aux banques des différents pays, et ensuite d'atténuer les inégalités concurrentielles existant entre les banques internationales. Cet Accord marque le début d'une nouvelle phase de réglementation qui a comme objectif la sécurité financière. Il succédait à une phase de déréglementation financière dont la finalité n'était pas la stabilité et la sécurité, mais la rentabilité. Le Comité a saisi cette occasion pour imposer la même définition de la notion des fonds propres, une méthode de pondération des risques et un ratio de solvabilité, encore appelé ratio d'adéquation des capitaux propres ou ratio Cooke.⁴⁹⁹ La problématique transgresse cependant la question de la solvabilité et concerne également la compétitivité et le bon fonctionnement des banques qui doivent trouver la méthode la plus adaptée pour calculer les fonds propres nécessaires à la couverture de leur risques.

222. Fonds propres dans la vision du Bâle I. En ce qui concerne les capitaux propres, le Comité avait estimé qu'ils étaient composés de trois catégories :

- le capital social et les réserves publiées. Cette catégorie est connue sous le nom du « noyau de fonds propres » ou *core capital (Tier 1)*. Ce choix est explicable car ces éléments clés sont les seuls qui soient communs à tous les systèmes bancaires des divers pays ;
- les « fonds propres complémentaires » de moindre qualité (*Tier 2*)⁵⁰⁰ ;
- les surcomplémentaires, catégorie introduite en 1996, ces fonds étant admissibles uniquement pour la couverture des risques de marché (*Tier 3*).

223. Le ratio de solvabilité. Le ratio de solvabilité se définit comme le total des fonds propres réglementaires rapporté aux risques des actifs de la banque (« ratio Cooke »). La

⁴⁹⁹B. LHOMME, « Ratio Cooke », *Banque* n° 486, sept. 1988, p. 941 ; R. ROUTIER, *Obligations et responsabilités du banquier*, Dalloz, 2008, n° 241-12 ; S. MATHERAT, « La détermination des pondérations dans le ratio Cooke », *Banque* n° 535, 1993, p. 39.

⁵⁰⁰ En ce qui concerne le rapport entre les deux types de fonds, la première catégorie devait représenter au moins 50% des fonds propres d'une banque. Les autres composantes (fonds propres complémentaires) étaient admises dans la deuxième catégorie jusqu'à concurrence d'un montant égal à celui du noyau.

norme minimale de fonds propres par rapport aux actifs à risques pondérés (*risks weighted assets, RWA*) avait été fixée à 8%. Le ratio se calcule donc comme suit :

$$\text{Fonds propres} / (\text{Actifs}) \times (\text{Risques indiqués par le régulateur})$$

224. Risques couverts par Bâle I. En ce qui concerne les catégories de risques prises en compte dans le dispositif de mesure, l'Accord de Bâle I se concentrait sur le *risque de crédit*, c'est-à-dire le risque d'une défaillance de la contrepartie, sur *le risque-pays* et, plus tard, suite aux amendements de 1996, sur *le risque de marché*.

225. Résultats mitigés. Cette réforme a porté ses fruits dans le sens où les banques ont été obligées de mieux maîtriser leurs risques de crédit et d'augmenter le niveau des fonds propres. Cependant, au cours des années 1990, le risque de crédit n'a pas baissé et d'autres formes de risques se sont révélées très critiques, ce qui a conduit le régulateur à réviser son dispositif à plusieurs reprises pour finalement aboutir sur l'élaboration d'un nouvel Accord (2).

2. Bâle II

226. Présentation du Bâle II. Le 26 juin 2004, le Comité de Bâle a adopté un nouveau dispositif d'adéquation des fonds propres, remplaçant le ratio de solvabilité introduit en 1988 par un nouveau ratio, le ratio Mac Donough.

227. Objectifs du Bâle II. Cet Accord a visé une couverture plus complète des risques bancaires et a incité les établissements à améliorer leur gestion interne des risques dans le but de « *renforcer encore la solidité et la stabilité du système bancaire international, tout en continuant d'assurer un degré suffisant d'harmonisation afin d'éviter que les règles relatives à l'adéquation des fonds propres deviennent un facteur sensible d'inégalité concurrentielle entre banques internationales* ⁵⁰¹ ». Il est entré en vigueur le 31 décembre 2006 et il a été mis en œuvre progressivement jusqu'à fin 2007, date limite prévue par le régulateur international.

228. Les principales nouveautés du Bâle II. En vertu de cet Accord le risque opérationnel, y compris juridique a été pris en compte pour la première fois dans le calcul du capital réglementaire d'une banque. Une autre innovation apportée par le Comité a été l'introduction d'exigences réglementaires structurées en trois piliers, élargissant ainsi son champ d'application. Le premier pilier visait les fonds propres, le deuxième concernait la surveillance prudentielle et le troisième pilier ciblait la discipline de marché.

229. Fonds propres et gestion des risques dans la vision du Bâle II. Le niveau global des exigences en fonds propres n'a pas été modifié, les fonds propres d'un établissement de crédit

⁵⁰¹BRI, Comité de Bâle sur le contrôle bancaire, *Convergence internationale de la mesure et des normes de fonds propres* (juin 2004), p. 1, disponible à l'adresse http://www.bis.org/publ/bcbs107a_fre.pdf (page consultée le 26 avril 2011).

devant rester en permanence supérieurs à 8 % du volume des risques de crédit, de marché et opérationnels engendrés par les actifs détenus, ainsi que par les engagements hors bilan. En revanche, l'Accord a introduit une plus grande flexibilité dans la mesure des exigences en fonds propres, en donnant la possibilité aux banques d'utiliser des méthodes avancées de mesure des risques de crédit et opérationnels, fondées sur des modèles internes de calcul, soumis à une autorisation et validation de la part des autorités de contrôle compétentes. Enfin, le Comité a incité à l'adoption des meilleures pratiques en matière de gestion interne des risques. En particulier, il a requis des exigences prudentielles renforcées concernant l'évaluation de leurs fonds propres économiques et le contrôle interne.

3. *Bâle III*

230. Contexte. En réponse à la crise financière déclenchée en 2007, le Comité a apporté dès 2009 des modifications relatives au risque de marché et a initié une réforme du dispositif global prévu par Bâle II, publiant une première version de cette refonte en décembre 2010 et une version révisée en juin 2011.

231. Objectif principal : des fonds propres plus importants et de meilleure qualité. Le nouvel Accord dit « Bâle III »⁵⁰² vise principalement à renforcer la quantité et la qualité des fonds propres et la résilience propre des établissements de crédit. Il ne procède pas à une redéfinition du calcul du ratio de solvabilité. Le total des fonds propres doit être à tout moment, au moins égal à 8,0 % des actifs pondérés des risques de crédit, de marchés, opérationnels et de liquidité. En revanche, il prévoit que les fonds propres de base (*Tier 1*) doivent être « constitués essentiellement d'actions ordinaires et de bénéfices non distribués », en imposant des normes d'éligibilité plus sévères. Ils seront notamment composés de deux catégories : la « *composante dure* » et les autres éléments de fonds propres de base. En outre, les fonds propres complémentaires (*Tier 2*) sont harmonisés et les fonds propres surcomplémentaires (*Tier 3*) sont supprimés. La composante dure doit, à tout moment, être au moins égale à 4,5 % des actifs pondérés et les fonds propres de base (*Tier 1*) doivent être au moins égal à 6,0 % des actifs pondérés.

232. Nouveautés. La grande nouveauté de ce nouvel accord consiste dans les mesures spécifiques sur le risque de liquidité, les mesures pour réduire la procyclicité et le risque systémique.⁵⁰³ L'Accord de Bâle III renforce la réglementation micro-prudentielle et y ajoute

⁵⁰² BCBS, *Basel III: A global regulatory framework for more resilient banks and banking Systems*, December 2010, (traduit en français Bâle III : dispositif réglementaire mondial visant à renforcer la résilience des établissements et systèmes bancaires, document révisé en juin 2011)

⁵⁰³ Il a notamment introduit un ratio de levier (*leverage ratio*), a créé un ratio de liquidité à court terme (*Liquidity Coverage Ratio*) et un ratio de liquidité à long terme (*Net Stable Funding Ratio*). Concomitamment, le Comité a imposé des exigences prudentielles plus strictes et a pris de mesures pour réduire la procyclicité (ex : coussin de capital contracyclique) ainsi que le risque systémique.

une dimension macro-prudentielle, notamment par le biais de fonds propres. En revanche, il n'aura pas d'impact significatif sur la gestion du risque opérationnel.

Sa mise en œuvre sera progressive, les premières mesures étant entrées en vigueur le 1er janvier 2013 et les autres dispositions devront être implémentées jusqu'au 1^{er} janvier 2019.

B. L'architecture des accords Bâle II et Bâle III

233. Structure. C'est l'Accord de Bâle II qui pour la première fois a introduit une structure en trois piliers. La réforme connue sous le nom de Bâle III a gardé cette architecture, en renforçant la cohésion entre les piliers.

234. Premier pilier. Le premier pilier concerne la couverture des risques et donc les exigences minimale de fonds propres que devra respecter chaque banque afin de couvrir le risque de crédit, les risques de marché et le risque opérationnel générés par ses activités. Ces exigences sont complétées et renforcées par les dispositions des Piliers 2 et 3.

Concernant le risque opérationnel, le dispositif bâlois prévoit trois types d'approches : une approche de base, une approche standard et une approche par mesure avancée. Cette dernière approche est la plus intéressante du point de vue financier car elle laisse la possibilité aux établissements de crédits de calculer leurs exigences en fonds propres en utilisant leurs propres modèles internes. Par conséquent, les grandes banques ont choisi cette méthode car elle s'avère plus rentable dans la mesure où les fonds immobilisés peuvent être inférieurs à ceux déterminés conformément aux autres deux approches. Par conséquent, la mise en place d'une méthode interne a la vocation de faire des économies en matière de fonds immobilisés.

235. Deuxième pilier. Le deuxième pilier comporte les recommandations du Comité en matière de gestion et surveillance des risques. Il consacre le principe d'une surveillance individualisée qui suppose que l'autorité de contrôle bancaire peut majorer les exigences si le profil de risque d'un établissement le justifie.

236. Troisième pilier. Enfin, le troisième pilier a trait à la discipline de marché. Le Comité y a défini des exigences en matière de transparence et communication financière de la part des banques afin d'assurer une discipline de marché accrue. La réforme de 2010 a apporté notamment de nouvelles obligations de communication sur les expositions de titrisation, sur la responsabilité directe des véhicules hors bilan, sur les composantes des fonds propres réglementaires et leur rapprochement avec les comptes publiés, demandant aux banques de fournir une explication complète du mode de calcul des ratios de fonds propres réglementaires.

Le dispositif d'adéquation des fonds propres élaboré par le Comité de Bâle constitue une composante essentielle du cadre prudentiel dans lequel les établissements bancaires à

dimension internationale vont évoluer au cours des prochaines années. Il a été repris par l'Union Européenne⁵⁰⁴ qui l'a transposé dans le droit européen.

§2. La réglementation au niveau européen: la traduction du dispositif bâlois dans le marché intérieur

237. Réglementation européenne en matière bancaire - sous l'impulsion des libertés d'établissement et de prestation des services et sous l'influence des régulateurs internationaux. Compte tenu de son importance et de ses caractéristiques originales, le commerce de banque a intéressé le législateur européen depuis le Traité de Rome de 1957. Le droit bancaire a fait l'objet d'une réglementation européenne abondante⁵⁰⁵, étant un moyen privilégié dans la construction d'une union économique et institutionnelle en Europe. L'harmonisation du droit bancaire a été créatrice d'instruments nouveaux (« passeport européen », les autorités de surveillance européennes, etc.) et elle est tellement avancée « *qu'il est impensable d'étudier le droit bancaire d'un Etat membre de l'Union Européenne sans savoir à quel point ce droit national est irrigué par la transposition des textes communautaires* »⁵⁰⁶. La réglementation européenne des banques en Europe se justifie essentiellement par les particularités de ce secteur économique.

L'élaboration des normes européennes du contrôle prudentiel s'est toujours inscrite dans un contexte international. Les institutions européennes se sont mobilisées pour intégrer les travaux du Comité de Bâle, qui représentent, comme nous l'avons déjà montré, le fruit de la collaboration des plus puissantes banques centrales et autoritaires de surveillance au niveau mondial, mais également les engagements du G20⁵⁰⁷. En effet, la mondialisation des activités bancaires a appelé une mondialisation du contrôle, et ce d'autant plus que la défaillance d'une banque à dimension internationale peut mettre en péril tout le système bancaire à l'échelle mondiale.⁵⁰⁸ Dans ce contexte, l'Union européenne a pris au sérieux cette problématique,

⁵⁰⁴ Les directives européennes 2006/48/CE et 2006/49/CE (dites CRD 1), les directives 2009/27/CE, 2009/83/CE et 2009/111/CE (dites CRD2), la directive 2010/76/UE (dite CRD3) et le paquet législatif «CRD IV » composé de la directive 2013/36/UE du 26 juin 2013 concernant l'accès à l'activité des établissements de crédit et la surveillance prudentielle des établissements de crédit et des entreprises d'investissement, dite « CRD », et du règlement n° 575/2013 du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 concernant les exigences prudentielles applicables aux établissements de crédit et aux entreprises d'investissement, dit « CRR ».

⁵⁰⁵ Pour se faire une idée de la quantité des travaux en la matière, il convient d'observer que la directive 2006/48 du 14 juin 2006 a remplacé la directive 2000/12 du 20 mars 2000 qui portait modification à pas moins de sept directives : directive 73/183 ; directive 77/780 ; directive 89/299 ; directive 89/646 ; directive 92/30 ; directive 92/121 ; voir en ce sens R. RINI, *op. cit.*, pp. 55-56.

⁵⁰⁶ D. BLACHE, *La régulation des banques de l'Union Européenne face à la crise*, *op. cit.*, n° 4, p. 18

⁵⁰⁷ Voir en ce sens l'Etude d'impact, Projet de la loi de régulation bancaire et financière, France, décembre 2009 qui situe la réforme française dans un contexte international et européen, tout en montrant la volonté de transposition des normes et engagements internationaux dans le droit européen.

⁵⁰⁸ C. GAVALDA et J. STOUFFLET, *Droit bancaire*, 7^e édition, Litec, 2007, n° 177 et s. ; TH. BONNEAU, *Droit bancaire*, 7^e édition, Montchrestien, Paris, 2007, n° 35.

allant parfois même au-delà des recommandations bâloises et des engagements internationaux du G20.

238. Premières directives européennes en matière de fonds propres - « CRD I ». L'Union européenne, tenant compte des travaux de Comité de Bâle, a imposé successivement des règles communes concernant les fonds propres. Le ratio de solvabilité défini par le Comité de Bâle a été intégré dans la législation européenne. La première directive européenne en matière d'adéquation des fonds propres des entreprises d'investissement et des établissements de crédit date de 1989⁵⁰⁹. Connue sous l'appellation de *Capital Requirements Directive* ou « *CRD I* », elle a adapté au paysage communautaire les exigences imposées par l'Accord Bale I. La directive de 1989 a été modifiée de façon substantielle à plusieurs reprises et finalement remplacée en 2006 par deux nouvelles directives : tout d'abord la directive 2006/48/CE qui régissait dans son ensemble le secteur bancaire et ensuite la directive 2006/49/CE⁵¹⁰ qui a transposé les Accord de Bâle II. C'est la directive 2006/48/CE qui a définissait les fonds propres. Elle avait repris la distinction bâloise entre les fonds propres de base (dits de *Tier 1*) et les fonds propres complémentaires, de moindre qualité (dits de *Tier 2*)⁵¹¹. La principale spécificité de la législation européenne était que les exigences en matière de fonds propres s'appliquaient à tous les établissements de crédit européens, et non pas aux seuls établissements ayant des activités internationales. Cette caractéristique sera maintenue par les réformes ultérieures, étant nécessaire pour le bon fonctionnement du marché interne.

239. « CRD II ». En 2009 est entré en vigueur le deuxième paquet législatif européen, connu sous l'appellation de « *CRD II* », visant à garantir la solidité financière des banques et des entreprises d'investissement, composé des directives 2009/111/CE, 2009/27/CE et 2009/83/CE. Celui-ci a visé à améliorer la gestion des grands risques, la qualité des fonds propres bancaires, la gestion du risque de liquidité et la gestion des risques entraînés par les instruments issus de la technique de titrisation.

240. « CRD III ». Un an plus tard, soit le 24 novembre 2010, l'Union européenne a adopté une nouvelle législation portant sur les exigences de fonds propres pour le portefeuille de négociation et pour les re-titrisations et sur la surveillance prudentielle des politiques de rémunération. Il s'agit de la directive 2010/76/UE (connue sous l'appellation de directive « *CRD III* »)⁵¹². Tout aussi éphémère que la « *CRD II* », elle a été remplacée sous la pression de la crise financière.

241. Paquet législatif « CRD IV ». Envisagé dès 2011 et officiellement adopté le 26 juin 2013 pour une entrée en application à partir du 1^{er} janvier 2014, le tout récent paquet législatif

⁵⁰⁹ Directive 89/299/CEE du Conseil du 17 avril 1989, concernant les fonds propres des établissements de crédit.

⁵¹⁰ Directive 2006/49/CE du Parlement européen et du Conseil du 14 juin 2006 sur l'adéquation des fonds propres des entreprises d'investissement et des établissements de crédits.

⁵¹¹ Voir *supra* n° 241 et ss.

⁵¹² Directive 2010/76/UE du Parlement européen et du Conseil du 24 novembre 2010 modifiant les directives 2006/48/CE et 2006/49/CE en ce qui concerne les exigences de fonds propres pour le portefeuille de négociation et pour les retitrisations, et la surveillance prudentielle des politiques de rémunération.

en matière de fonds propres et surveillance prudentielle des banques, communément appelé « CRD IV », est composé d'une directive (*Credit Requirements Directive* ou CRD)⁵¹³ et d'un règlement européen (*Credit Requirements Regulation* ou CRR)⁵¹⁴. Il s'applique aux établissements de crédit et aux entreprises d'investissement autres que les sociétés de gestion de portefeuille et transpose dans le droit européen les « Accords de Bâle III », remplaçant toutes les directives existantes en la matière, soit les directives 2006/48/CE et 2006/49/CE (« CRD I »), modifiées en 2009 (« CRD II ») et en 2010 (« CRD III »).

La directive « CRD IV », dont la transposition⁵¹⁵ en droit français a été achevée par l'ordonnance n° 2014-158 du 20 février 2014, régit l'accès à l'activité bancaire et son exercice, la définition des autorités compétentes, le cadre de surveillance prudentielle, les différents coussins de fonds propres et des règles en matière de rémunération et de transparence. Le règlement s'applique directement à l'ensemble des établissements des Etats membres à partir de janvier 2014⁵¹⁶ et instaure un corpus réglementaire unique (*Single Rule Book*) régissant les nouvelles règles applicables en matière de fonds propres⁵¹⁷, de risque de liquidité, de ratio de levier, des grands risques et risques de crédit de la contrepartie.

⁵¹³ Directive 2013/36/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 concernant l'accès à l'activité des établissements de crédit et la surveillance prudentielle des établissements de crédit et des entreprises d'investissement, modifiant la directive 2002/87/CE et abrogeant les directives 2006/48/CE et 2006/49/CE.

⁵¹⁴ Règlement (UE) n° 575/2013 du 26 juin 2013 précité

⁵¹⁵ Voir *infra* n° 243.

⁵¹⁶ Art. 521 du Règlement (UE) n° 575/2013 du 26 juin 2013, précité prévoit que le règlement entre en vigueur le jour suivant celui de sa publication au Journal officiel de l'UE, mais qu'il est applicable à partir du 1er janvier 2014, à l'exception:

« a) de l'art. 8, paragraphe 3, de l'art. 21, et de l'art. 451, paragraphe 1, qui sont applicables à partir du 1er janvier 2015;

b) de l'art. 413, paragraphe 1, qui est applicable à partir du 1er janvier 2016;

c) des dispositions du présent règlement qui imposent aux ASE de soumettre à la Commission des projets de normes techniques et des dispositions du présent règlement qui confèrent à la Commission le pouvoir d'adopter des actes délégués ou des actes d'exécution, qui sont applicables à partir de 31 décembre 2014. ».

⁵¹⁷ Art. 72 du règlement (UE) n° 575/2013 du 26 juin 2013, précité : « Les fonds propres d'un établissement sont constitués de la somme de ses fonds propres de catégorie 1 et de ses fonds propres de catégorie 2. » ; Art. 25 du règlement (UE) n° 575/2013 : « Les fonds propres de catégorie 1 d'un établissement sont constitués de la somme des fonds propres de base de catégorie 1 et des fonds propres additionnels de catégorie 1 de l'établissement. » ; Art. 26 du même règlement: « 1. Les éléments de fonds propres de base de catégorie 1 des établissements sont:

a) les instruments de capital, sous réserve que les conditions énoncées à l'art. 28, ou, selon le cas, à l'art. 29, soient respectées;

b) les comptes des primes d'émission liés aux instruments visés au point a);

c) les résultats non distribués;

d) les autres éléments du résultat global accumulés;

e) les autres réserves;

f) les fonds pour risques bancaires généraux.

Les éléments visés aux points c) à f) ne sont pris en compte comme fonds propres de base de catégorie 1 que s'ils sont utilisables immédiatement et sans restriction par l'établissement pour couvrir les risques ou pertes dès que ceux-ci se présentent. »

Art. 27 du règlement (UE) n° 575/2013 du 26 juin 2013, précité: « 1. Sont des éléments de fonds propres de base de catégorie 1 tous les instruments de capital émis par un établissement conformément aux statuts ou aux dispositions légales qui le régissent, sous réserve que les conditions suivantes soient respectées:

242. Ressemblances et dissemblances entre CRD IV et Bâle III : Il s'agit d'une transposition assez fidèle de la réglementation internationale, présentant cependant des éléments d'adaptation au paysage bancaire européen, afin qu'il soit compatible avec le bon fonctionnement du marché intérieur. Il convient de noter que leur application a été étendue dès le début à tous les établissements bancaires, par opposition avec les Accords de Bâle qui imposent des exigences de solvabilité uniquement aux banques à dimension internationale.⁵¹⁸ Cependant, le texte européen apporte des modifications notamment en ce qui concerne la définition de fonds propres, les règles d'application au cours de la période transitoire, les règles relatives à la liquidité ou encore les exigences en matière de réduction de procylicité.

La définition européenne des fonds propres est donnée aux articles 25 et suivants du règlement « CRR »⁵¹⁹. En application de l'article 72 du même règlement, « *les fonds propres*

a) l'établissement est défini par le droit national applicable et considéré par les autorités compétentes indifféremment comme

i) une société mutuelle;

ii) une société coopérative;

iii) un établissement d'épargne;

iv) un établissement analogue;

v) un établissement de crédit qui est détenu en totalité par un des établissements visés aux points i) à iv) et qui bénéficie de l'accord des autorités compétentes concernées pour recourir aux dispositions du présent art., sous réserve et aussi longtemps que 100 % des actions ordinaires émises dans l'établissement de crédit sont détenues, directement ou indirectement, par un établissement visé auxdits points;

b) les conditions énoncées à l'art. 28 ou, selon le cas, à l'art. 29, sont respectées.

Éléments de fonds propres additionnels de catégorie 1

Les éléments de fonds propres additionnels de catégorie 1 sont:

a) les instruments de capital, sous réserve que les conditions énoncées à l'art. 52, paragraphe 1 soient respectées;

b) les comptes des primes d'émission liés aux instruments visés au point a).

Les instruments visés au point a) ne sont pas éligibles en tant qu'éléments de fonds propres de base de catégorie 1 ou de fonds propres de catégorie 2. »

Art. 62 du règlement (UE) n° 575/2013 du 26 juin 2013, précité: « Les éléments de fonds propres de catégorie 2 sont:

a) les instruments de capital et les emprunts subordonnés, sous réserve que les conditions énoncées à l'art. 63 soient respectées;

b) les comptes des primes d'émission liés aux instruments visés au point a);

c) pour les établissements qui calculent les montants d'exposition pondérés conformément à la troisième partie, titre II, chapitre 2, les ajustements pour risque de crédit, bruts des effets fiscaux, jusqu'à concurrence de 1,25 % des montants d'exposition pondérés calculés conformément à la troisième partie, titre II, chapitre 2;

d) pour les établissements qui calculent les montants d'exposition pondérés conformément à la troisième partie, titre II, chapitre 3, les montants positifs, bruts des effets fiscaux, résultant du calcul visé aux art. 158 et 159, jusqu'à concurrence de 0,6 % des montants d'exposition pondérés calculés conformément à la troisième partie, titre II, chapitre 3.

Les éléments visés au point a) ne sont pas éligibles en tant qu'éléments de fonds propres de base de catégorie 1 ou éléments de fonds propres additionnels de catégorie ».

⁵¹⁸ Pour une synthèse du dispositif de la CRD II sur les exigences en fonds propres, voir D. BLACHE, La régulation des banques de l'Union Européenne face à la crise, *op. cit.*, p. 131 et s.

⁵¹⁹ Aux termes de l'art. 25 du règlement (UE) n° 575/2013 du 26 juin 2013, précité, les « fonds propres de catégorie 1 d'un établissement sont constitués de la somme des fonds propres de base de catégorie 1 et des fonds propres additionnels de catégorie 1 de l'établissement » ; Avant l'adoption du paquet « CRD IV », qui transpose dans le cadre législatif les nouvelles normes mondiales sur les fonds propres des banques (« Accords de Bâle III »), la définition des fonds propres était celle donnée aux art. 56 et suivants de la directive 2006/48/CE. Le texte imposait une différence essentielle entre les fonds propres de base (dits de Tiers 1 et

d'un établissement sont constitués de la somme de ses fonds propres de catégorie 1 et de ses fonds propres de catégorie 2 ». Le texte impose une différence essentielle entre les fonds propres de catégorie 1 utilisables immédiatement et sans restriction par la banque pour couvrir les risques ou pertes dès que ceux-ci se présentent et, d'autre part, ceux de moindre qualité qui constituent fonds propres de catégorie 2. En règle générale, les fonds propres de catégorie 1 se composent des éléments suivants : le capital social, les résultats non distribués, les autres éléments du résultat global accumulés, les autres réserves, les fonds pour risques bancaires généraux⁵²⁰. En application de l'article 92 du même règlement, le risque de crédit, de contrepartie et de dilution, les risques de marché et le risque opérationnel doivent être couverts par 8 % de fonds propres. Après avoir posé ce principe général, le texte européen exige « *un ratio minimum de fonds propres de base de catégorie 1 à 4,5 % et un ratio minimum de fonds propres de catégorie 1 à 6 %*. Toutefois, dans le cadre des dispositions transitoires, l'article 465, paragraphe 1 du CRR permet aux autorités compétentes de déterminer ces taux à l'intérieur d'une fourchette entre le 1^{er} janvier 2014 et le 31 décembre 2014. L'ACPR a publié sa décision dans le Communiqué du 12 décembre 2013 : un ratio de fonds propres de base de catégorie 1 de 4 % et un ratio de fonds propres de catégorie 1 de 5,5 % »⁵²¹.

« *Incontestablement la plus importante initiative engagée en matière de réglementation bancaire depuis la création de l'Union européenne* »⁵²², le paquet législatif CRD IV, ne se réduit pas à une simple transposition de la réglementation bâloise. Il contient aussi des sujets qui ne sont pas couverts par l'Accord international, tels que la gouvernance des établissements de crédit et les modalités de leur surveillance au niveau européen. La mise en œuvre de ce nouveau paquet législatif entrera dans le champ de compétence de l'Autorité bancaire européenne qui est mandatée pour rédiger des normes techniques de réglementation, d'exécution ainsi que des lignes directives.

défini par l'art. 57 de la Directive 2006/48) et, d'autre part, ceux de moindre qualité qui constituent les fonds propres complémentaires (dits de Tiers 2 et visés par l'art. 57 de la Directive 2006/48) ; D. BLACHE, *idem*, n° 359; la définition des fonds propres est énoncée aux art. 56 à 66 de la Directive 2006/48/CE du Parlement européen et du Conseil du 14 juin 2006 concernant l'accès à l'activité des établissements de crédit et son exercice.

⁵²⁰ L'art. 26 du règlement européen n° 575/2013 du 26 juin 2013 dispose que :

« Les éléments de fonds propres de base de catégorie 1 des établissements sont:

- a) les instruments de capital, sous réserve que les conditions énoncées à l'art. 28, ou, selon le cas, à l'art. 29, soient respectées;
- b) les comptes des primes d'émission liés aux instruments visés au point a);
- c) les résultats non distribués;
- d) les autres éléments du résultat global accumulés;
- e) les autres réserves;
- f) les fonds pour risques bancaires généraux. »

⁵²¹ ACPR, *Notice sur les modalités de calcul des ratios prudentiels dans le cadre de la « CRD IV »* du 20/05/2014 ; le document est téléchargeable sur le site Internet de l'ACPR.

⁵²² P.-H. CASSOU, « Les principales novations de CRD 4 », *Banque* 2011, n°741.

§3. La réglementation nationale en matière de fonds propres

243. Le dispositif national⁵²³. Le droit français relatif à la solvabilité a transposé les directives européennes de 2006⁵²⁴ relative aux établissements de crédit et établissement financiers et à l'adéquation de leurs fonds propres par l'ordonnance n° 2007-571 du 19 avril 2007, intégrant ainsi implicitement toutes les recommandations de Comité de Bâle. Il a pris en compte les modifications ultérieures apportées par les directives CRD II et par la directive CRD III. La mise en conformité de la législation française avec le paquet européen « CRD IV »⁵²⁵ s'est faite progressivement par le biais de l'ordonnance n° 2013-544 du 27 juin 2013 relative aux établissements de crédit et aux sociétés de financement⁵²⁶, de la loi n° 2013-672 du 26 juillet 2013 de séparation et de régulation des activités bancaires⁵²⁷ et de l'ordonnance n° 2014-158 du 20 février 2014 portant diverses dispositions d'adaptation au droit de l'Union européenne en matière financière⁵²⁸.

⁵²³ En Belgique, c'est la loi du 25 avril 2014 relative au statut et au contrôle des établissements de crédit, précitée, qui a adapté la législation nationale aux dispositions européennes du paquet « CRD IV ».

⁵²⁴ Directives 2006/48/CE et 2006/49/CE précitées.

⁵²⁵ Voir *supra* n° 241 et 242.

⁵²⁶ Voir *supra* n° 4.

⁵²⁷ Il convient de préciser que la loi n° 2013-672 du 26 juillet 2013 de séparation et de régulation des activités bancaires a anticipé une partie de la directive « CRD IV », en introduisant dans le Code monétaire et financier des dispositions concernant, à titre d'exemple :

- l'obligation pour les établissements de crédit et les entreprises d'investissement de notifier à l'ACPR la nomination et le renouvellement des dirigeants et des membres du conseil d'administration avec possibilité pour l'Autorité de s'y opposer
- le principe de coussins de capital supplémentaire de nature macro-prudentielle avec la mise en place du Haut Conseil de stabilité financière ; et
- le plafonnement de la rémunération des personnes assurant la direction effective et des catégories de personnels preneurs de risques.

⁵²⁸ Ordonnance n° 2014-158 du 20 février 2014 portant diverses dispositions d'adaptation au droit de l'Union européenne en matière financière, *JO* du 21 février 2014, p.3022. Elle a achevé la transposition de la directive « CRD IV », en prévoyant :

- un renforcement des règles en matière de gouvernance et, en particulier une répartition claire des responsabilités en matière de suivi des risques entre (a) le conseil d'administration, le conseil de surveillance ou tout autre organe exerçant des fonctions équivalentes de surveillance, (b) le directeur général, les directeurs généraux délégués ou le directoire et (c) la fonction de gestion des risques ;
- la dissociation des fonctions de président du conseil d'administration et de directeur général au sein des établissements de crédit, des entreprises d'investissement et des sociétés de financement, sous réserve des exceptions justifiées et acceptées par l'ACPR qui pourrait autoriser le cumul de ces fonctions sur demande motivée de l'entreprise ;
- la création de deux comités spécialisés pour les entités d'importance significative : le comité des risques et le comité des nominations
- une composition diversifiée et équilibrée du conseil d'administration
- renforcement et harmonisation des sanctions des autorités de surveillance nationales au niveau européen
- une extension du champ de la surveillance prudentielle, concernant en particulier les exigences supplémentaires de fonds propres
- une adaptation des règles relatives à l'agrément des établissements de crédit, tenant compte de l'harmonisation imposée par la directive au sein de l'Union
- un contrôle renforcé de la gouvernance des établissements de crédit au niveau européen

244. Codification. La législation française a intégré les dispositions fondamentales en matière d'obligations prudentielles et de contrôle des risques bancaires dans le Code monétaire et financier et plus précisément dans la partie législative : Livre V (« Les prestataires de services bancaires »), Titre I (« Prestataires de services bancaires »), Chapitre I^{er} (« Dispositions générales »), Section 7 (« Dispositions prudentielles ») et Section 8 (« Gouvernance des établissements de crédit et des sociétés de financement »). Ces dispositions doivent être complétées par des règlements et arrêtés émanant du pouvoir réglementaire et seront reproduites dans la partie réglementaire et/ou les annexes du Code monétaire et financier.

245. Principaux textes réglementaires. En France, pour l'heure, les principaux textes relatifs aux fonds propres des banques applicables sont le règlement CRBF n° 90-02 modifié du 23 février 1990 le règlement CRBF n° 91-05 du 15 février 1991 relatif au ratio de solvabilité et l'arrêté du 20 février 2007 relatif aux exigences de fonds propres applicables aux établissements de crédit et aux entreprises d'investissement⁵²⁹.

246. Situation à venir : la refonte du cadre réglementaire national. Le cadre réglementaire national ne peut pas rester en l'état, puisqu'il doit être mis en conformité avec les nouvelles règles instituées par le paquet législatif « CRD IV ». Tous ces textes seront modifiés, voire remplacés afin de supprimer les dispositions qui sont devenues caduques. A titre d'exemple, rappelons que le règlement CRBF n°90-02 distingue trois catégories de fonds propres (« Tiers 1, 2 et 3 »), alors que, désormais, les nouvelles dispositions européennes suppriment le Tier 3. Le rapport au Président relatif à l'ordonnance n° 2014-158 du 20 février 2014 précise que l'abrogation des arrêtés ministériels concernant les normes de gestion fera partie du volet réglementaire de la transposition⁵³⁰.

247. Obligation légale de respecter les ratios de couverture et de division des risques. Dans la mesure où notre objectif n'est pas d'entrer dans des détails techniques, nous nous limitons à préciser que l'article L511-41 du Code monétaire et financier impose aux établissements de crédit l'obligation « *de respecter des normes de gestion destinées à garantir leur liquidité et leur solvabilité à l'égard des déposants et, plus généralement, des tiers, ainsi que l'équilibre de leur structure financière.* » En outre, le même article prévoit qu'« *ils doivent en particulier respecter des ratios de couverture et de division de risques. Pour le*

-
- l'ajustement des règles relatives à la surveillance consolidée et à l'échange d'informations entre les autorités nationales et européennes, notamment la BCE.

⁵²⁹ En France, pour les fonds propres s'applique le Règlement CRBF n° 90-02 du 23 février 1990 relatif aux fonds propres ; pour le ratio de solvabilité s'applique le Règlement CRBF n° 91-05 du 15 février 1991 relatif au ratio de solvabilité ; quant à l'adéquation des fonds propres, on applique les dispositions de l'arrêté du 20 février 2007 relatif aux exigences de fonds propres applicables aux établissements de crédit et aux entreprises d'investissement, NOR: ECOT0614580A.

⁵³⁰ Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2014-158 du 20 février 2014 portant diverses dispositions d'adaptation de la législation au droit de l'Union européenne en matière financière, NOR: EF11327482P, JO n°0044 du 21 février 2014 page 3017 texte n° 4 : « (...) et l'abrogation de plusieurs arrêtés ministériels relatifs aux normes de gestion, à laquelle il sera procédé dans le cadre du volet réglementaire de la transposition — ne relèvent pas du présent projet d'ordonnance ».

respect des normes relatives à la solvabilité, ils peuvent être autorisés à utiliser leurs approches internes d'évaluation des risques ». L'évaluation et le contrôle des dispositifs, stratégies et procédures mis en œuvre par les banques pour détecter, mesurer et gérer leurs risques et pour calculer les fonds propres nécessaires reviennent à l'ACPR. Pour que le capital réglementaire soit validé, les établissements de crédit doivent, d'une part, respecter les nouvelles règles en matière de gouvernance et de contrôle internes et, d'autre part, collecter les données historiques internes et externes. C'est la raison pour laquelle le nouvel article L 511-41-1-C du même code interdit expressément le calcul des fonds propres appuyé exclusivement ou mécaniquement sur les notations de crédit externes.

248. En Belgique. En application de l'article 143 de la nouvelle loi bancaire belge du 25 avril 2014, c'est la Banque nationale de Belgique qui évalue et contrôle le caractère adéquat des fonds propres détenus par l'établissement de crédit. Elle a également un pouvoir réglementaire reconnu par l'article 98 de la même loi et à ce titre elle est autorisée à fixer, par voie de règlement, les normes et les obligations des établissements de crédit en matière de fonds propres⁵³¹. L'article 55 de la nouvelle loi du 25 avril 2014 prévoit que « *les fonds propres des établissements de crédit ne peuvent devenir inférieurs au montant du capital minimum fixé conformément à l'article 17, alinéas 1er et 3* ». Il reprend les dispositions de l'ancien article 23, § 1^{er} de la loi du 22 mars 1993 en ce qui concerne le principe de maintien des fonds propres au niveau du minimum légal du capital. Les articles 95 et 96 de la nouvelle loi bancaire transposent les dispositions européennes concernant l'exigence de fonds propres de base de catégorie 1.

⁵³¹ M. PETERS, « Les fonds propres des établissements de crédit », in *20 ans de loi bancaire*, Anthémis, Bruxelles, 2013, p. 55 et s.

CONCLUSION DU CHAPITRE I

Dans ce chapitre nous avons montré les grands enjeux de la gestion des risques bancaires.

249. La réputation de la banque et des sanctions pécuniaires de la part des autorités de tutelle. Tout d'abord, nous avons évoqué la surveillance nationale et européenne, véritable épée de Damoclès qui pèse sur les banques et qui a un fort impact en termes de réputation et de risque de sanctions pécuniaires. Dans le contexte international actuel le dispositif de maîtrise des risques fait l'objet d'une surveillance accrue de la part des autorités de contrôle compétente. En effet, deux tiers des décisions rendues par la commission de sanctions de l'Autorité de contrôle prudentiel en France portent sur le contrôle interne en général et comportent de lourdes sanctions disciplinaires et pécuniaires. La condamnation d'UBS France qui a reçu un blâme et une sanction pécuniaire de 10 millions d'euros pour divers manquements au Règlement CRBF 97-02 est une parfaite illustration des enjeux majeurs de la bonne gestion des risques au sein des banques.

250. Fonds propres et solvabilité Ensuite nous avons mis en exergue la concertation des régulateurs au niveau international, européen et national en matière d'exigences minimales en fonds propres qui révèle à quel point il est vital pour les banques de bien gérer leurs risques afin de se doter de fonds propres aptes à assurer leur liquidité et solvabilité.

Bien que le domaine soit en pleine effervescence suite à l'adaptation récente de la législation nationale au droit l'Union européenne en matière financière, nous avons tenté de montrer le cadre législatif et ses contraintes pour la gestion des risques, sans entrer dans des détails techniques qui auraient dépassé l'objet de notre étude. Dans un autre ordre d'idées, il est en effet utile de souligner qu'au moment de la rédaction de ces quelques pages, la refonte du volet réglementaire national était en cours. Mais ces changements à venir ne nous ont pas empêchés de poursuivre notre objectif qui a été de présenter la réglementation en matière de fonds propres afin de « préparer le terrain » pour l'introduction de la méthodologie générale de gestion des risques. En effet, les nouvelles dispositions en matière de calcul de capital réglementaire incitent les banques à développer leurs propres méthodes internes de calcul et gestion de risques, dans la perspective d'une réduction importante des exigences de capital minimum prévues par les méthodes de quantification standard, dans le but d'augmenter leur liquidités et, par voie de conséquence, leurs investissements et profits.

251. Compétitivité et bon fonctionnement de l'établissement. A ce titre, la gestion du risque opérationnel s'avère cruciale à la fois pour la compétitivité et le bon fonctionnement d'une banque. Si du point de vue du législateur la première finalité de la gestion des risques réside dans le renforcement des critères de solidité financière, pour le banquier il s'agit notamment de trouver la meilleure méthode de quantification de ses risques, lui permettant d'immobiliser le montant exact nécessaire pour faire face à ses risques (et bien sûr pas au-delà de ce qui est nécessaire, auquel cas il perdrait de l'argent).

252. Annonce du plan. Il nous reste maintenant à préciser les concepts fondateurs de la gestion du risque pour pouvoir ensuite les appliquer à l'analyse du risque juridique opérationnel (Chapitre II).

Chapitre II

Application de la méthodologie générale de la théorie de gestion des risques au cas du risque juridique bancaire

253. Une analyse à l'aune du *risk management*. Le risque opérationnel auquel sont exposées les banques peut être analysé à l'aune de la théorie de la gestion des risques ou *risk management*. Comme nous l'avons déjà évoqué, cette théorie a pour objet d'identifier les risques et de calculer leurs conséquences financières afin de réduire les pertes à un niveau tolérable⁵³², en instituant des mesures de gestion, de contrôle, de financement et de sécurité juridique. La mission de cette discipline est « *d'apprivoiser l'incertitude*⁵³³ », de gérer le prévisible et l'imprévisible et de donner une réponse chiffrée à des probabilités mathématiques⁵³⁴. Si l'on souhaite maîtriser les risques, il faut commencer par les comprendre, les évaluer et mesurer leurs conséquences.

254. Annonce du plan. Nous présenterons brièvement la méthodologie générale de la discipline économique de gestion des risques (Section 1). Cette méthode sera ensuite appliquée à la gestion du risque juridique bancaire (Section 2).

Section I : La méthodologie générale de la théorie économique de gestion des risques

255. Origines de la méthode. Conçu initialement comme un moyen d'optimiser les budgets d'assurance des entreprises, la gestion des risques a été par la suite appliquée à tous les risques, même s'il reste fortement influencé par l'économie de l'assurance et la finance. Son objectif central « *est d'assurer la protection du capital économique d'une firme et de réduire la sensibilité de ses résultats à d'éventuelles pertes accidentelles. Il doit contribuer à diminuer la vulnérabilité*⁵³⁵ » de l'entreprise.

256. Caractéristiques de la méthode. La méthode d'analyse qui lui est attachée est à la fois qualitative et quantitative (§1) et comporte plusieurs phases distinctes, en partant de l'identification jusqu'à la gestion proprement-dite (§2).

⁵³² L'un des objectifs de la gestion des risques peut être également d'éliminer certains risques. Cependant, il est clair qu'il n'y a pas de « zéro risque ». Toute entreprise, toute organisation est soumise aux risques.

⁵³³ H. DENIS, *Gérer les catastrophes, L'incertitude à apprivoiser*, Presses de l'Université de Montréal, 1993.

⁵³⁴ La première avancée significative de l'homme dans ce sens a été réalisée en 1654, lorsque Blaise Pascal et Pierre de Fermat ont fait appel aux mathématiques pour analyser un simple jeu de hasard, créant ainsi le fondement de la théorie des probabilités ; voir en ce sens le dossier thématique L'art de la gestion des risques, supplément *Les Echos*, 28 septembre -13 décembre 2000.

⁵³⁵ C. KHAROUBI, PH. THOMAS, *Analyse du risque de crédit*, Revue Banque, 2013, p. 125.

§1 Analyse qualitative et quantitative

257. Forte interaction entre l'analyse qualitative et quantitative. L'analyse de risque peut être divisée en deux grandes parties : une partie qualitative (A) et une partie quantitative (B). Il existe une forte interaction entre les deux. La première contribue à l'identification exhaustive des risques et la deuxième offre une image chiffrée de l'impact financier des risques en question, en termes de coût annuel.

A. Analyse qualitative

258. Analyse qualitative des risques. L'analyse qualitative utilise un arsenal terminologique qui n'est pas étranger au raisonnement juridique : les causes (ou défaillances), le risque (son occurrence est liée à une ou plusieurs causes), les effets (conséquences) et les contrôles.

259. Identification des risques. L'identification des événements redoutés est le point central de l'analyse qualitative de risque. Une fois identifiés, et en fonction de la complexité des risques et du chevauchement des défaillances, l'analyste de risque aura le choix entre plusieurs démarches afin d'identifier les causes des risques, puis d'en mesurer les conséquences.

1. La démarche inductive ou la méthode descendante

260. Démarche inductive : causes et conséquences. En partant des événements redoutés identifiés, l'analyste de risque essaye de comprendre le déroulement logique du risque en question, en partant des causes possibles pour aboutir à leurs effets.⁵³⁶



Figure n° 3 : La démarche inductive

⁵³⁶ En ce sens il y a différents outils, tels que l'analyse préliminaire des risques, l'analyse par arbre d'évènements, l'analyse des modes de défaillance, de leurs effets et de leur criticité : voir en ce sens J. CHARBONNIER, *op. cit.*, p. 77-78 ; M. FAVARO et M. MONTEAU, « Bilan des méthodes d'analyse a priori des risques », in *Cahiers de notes documentaires*, n° 139, INRS, 2^e trim., 1990

A titre d'exemple, si l'on pense que l'un des objectifs de la banque est de mettre à disposition du client un prêt adapté, nous pouvons considérer que l'hypothèse probable qu'un client se retourne contre la banque pour défaut d'information dans un dossier de prêt constitue un évènement redouté impactant la ligne métier dédiée au financement des particuliers. Cet évènement redouté met en lumière plusieurs aspects liés au défaut d'information ou de conseil du banquier.

261. Identification des causes. Par conséquent, l'objet de l'analyse qualitative est d'identifier les causes possibles de cet évènement. Toujours à titre d'exemple, dans l'hypothèse relative à l'inadéquation d'un prêt, les causes possibles peuvent être les suivantes :

- l'accord d'un crédit excessif ou non-adapté à un client considéré comme profane (une personne qui n'a pas l'habitude de réaliser des opérations bancaires et qui ne dispose ni d'une situation financière, ni d'un patrimoine immobilier importants) ;
- défaut d'information précontractuelle et/ou contractuelle des cautions ;
- prise de cautionnement disproportionné ;
- absence d'information sur la tarification ou non-respect de l'obligation d'information concernant toute modification tarifaire ;
- défaut de recueil du consentement du conjoint lors du montage du dossier pour les clients mariés sous le régime de la communauté ;
- formule de calcul erronée du taux effectif global (TEG): TEG supérieur à celui annoncé dans le contrat ou TEG supérieur au taux d'usure.

262. Evaluation des conséquences. Après l'identification des causes, il est opportun de procéder à une évaluation de ce risque, en identifiant le plus exhaustivement possible ses conséquences financières. Dans l'exemple pris ci-dessus, les effets redoutés par la banque seraient notamment:

- une sanction judiciaire sous plusieurs formes : déchéance du droit aux intérêts, perte de tout ou partie de la créance, paiement de dommages et intérêts ;
- des frais de justice ;
- les coûts additionnels liés au traitement d'un dossier juridique complexe par les employées de la banque.

2. La démarche déductive ou la méthode ascendante

263. Démarche déductive : arbre de défauts. Il est intéressant de présenter une autre méthode d'analyse qualitative du risque utilisée dans la gestion des risques et qui remonte des effets en direction des causes primaires, en reconstituant le déroulement des évènements susceptibles de conduire à une conséquence indésirable pour la banque (perte, manque à gagner, risque d'image, etc.) L'outil le plus connu est l'arbre de défauts (*fault tree analysis*). L'hypothèse est la suivante : si la responsabilité de la banque est retenue, quelles seraient les causes ? Un problème ponctuel de commercialisation, une politique de commercialisation

non-conforme ; un défaut de conception du produit, un défaut du support de commercialisation ?

Nous constatons que l'effet (la condamnation de la banque) ouvre la voie à plusieurs scénarios relatifs aux causes possibles. Cet arbre permet à l'analyste de risque de lui associer des taux de chance de survenance à chaque hypothèse prise en considération.

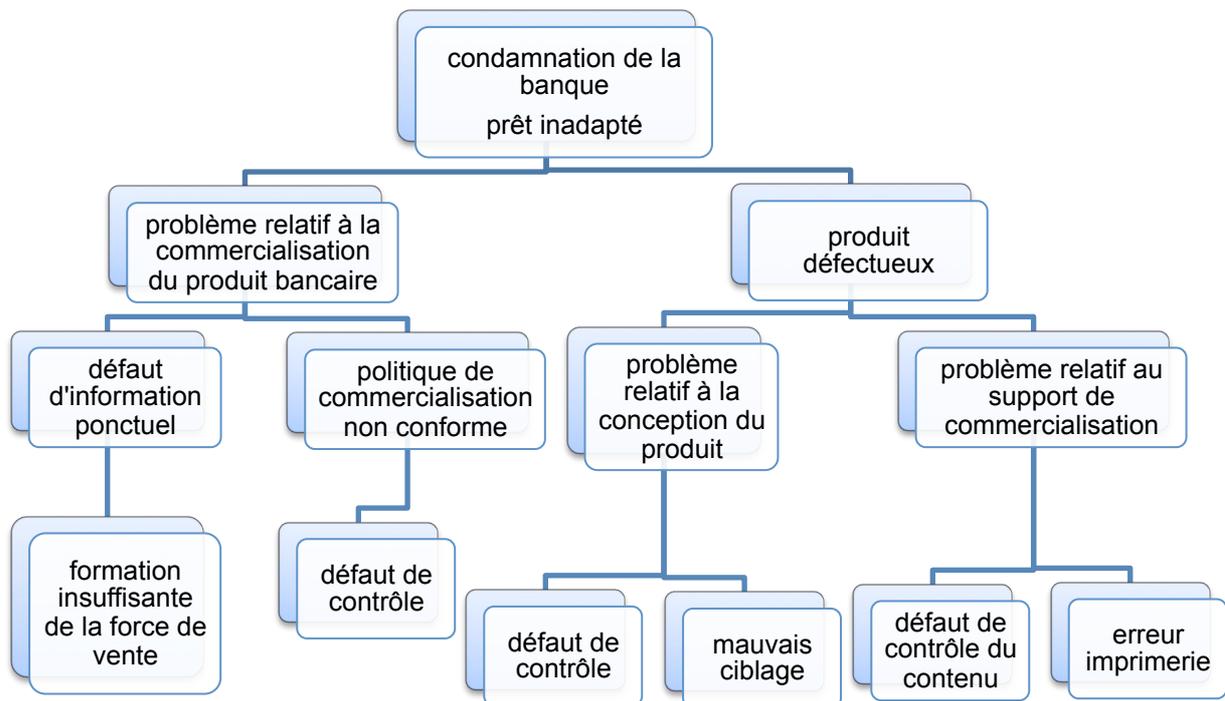


Figure n° 4 : Arbre de défauts

B. Analyse quantitative

264. Analyse quantitative. L'analyse quantitative est l'aboutissement et la suite logique de l'analyse qualitative. Son objet est d'estimer la fréquence et la gravité des risques potentiels pris en considération. Il s'agit en définitive de chiffrer un risque (événement redouté), quel qu'il soit : risque fréquent ou risque critique (extrême).

1. Les éléments essentiels de l'analyse quantitative

265. Concepts clefs. Dans la vision du *risk management*, un risque se caractérise par trois éléments essentiels : la probabilité de sa survenance (fréquence), la gravité de ses conséquences et la criticité.

266. Criticité. L'articulation des deux premiers éléments permet en effet de définir le troisième paramètre : la criticité, qui servira ensuite à la hiérarchisation des risques⁵³⁷. La relation entre ses trois éléments est mise en évidence par le diagramme de Farmer.

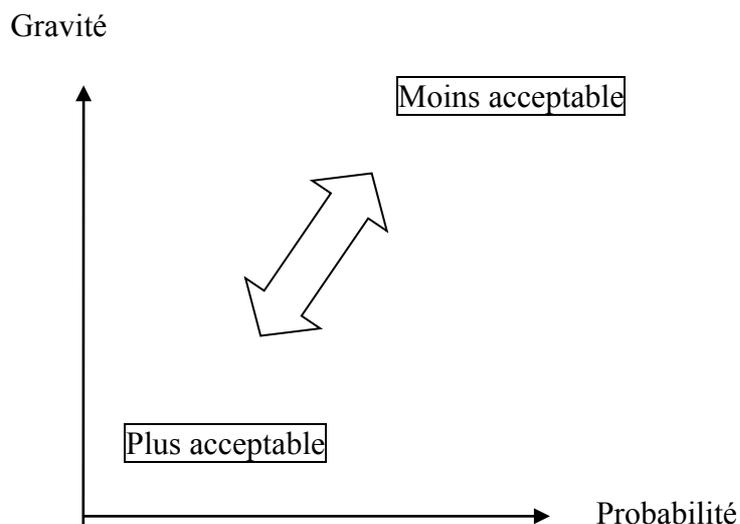


Figure n° 5: La criticité et le diagramme de Farmer⁵³⁸

Ainsi, on déduit que plus grande est la criticité, moins acceptable devient un risque. On déduit donc qu'il y a bien des risques acceptables et risques inacceptables, car mettant en péril la rentabilité ou même la pérennité de l'entreprise. L'acceptabilité d'un risque pourrait être représentée graphiquement par une ligne diagonale entre les axes exprimant la gravité et la probabilité. Le graphique a le mérite de surligner l'existence des risques plus ou moins acceptable. Il est évident que les risques très graves ne sont pas acceptables. Cependant le graphique, manifestement, n'a pas vocation à être utilisé d'une façon absolue⁵³⁹. Les risques

⁵³⁷ Y. METAYER, L. HIRSH, *op. cit.*, p. 11.

⁵³⁸ *ibidem*.

⁵³⁹ *idem*, p. 12: « La tendance naturelle est donc de tracer une ligne diagonale - ou une hyperbole pour ceux qui veulent croire qu'ils ont trouvé la façon absolue de calculer la criticité (...). Il « suffit » de décider qu'on va commencer par traiter les risques dont la criticité est la plus grande. Ils se situent en haut et à droite ». En ce qui concerne la figure sur la criticité les auteurs remarquent : « Simple ? Pas tant que cela... Tout cela n'est pas connue avec précision : quelle doit être la largeur du trait ? Le tracer trop étroit serait malhonnête ; le tracer trop large est lâche – et surtout inefficace. Appliquer le principe de précaution, c'est tracer une zone tellement large qu'elle couvre toute la surface du graphique. ».

acceptables et inacceptables seront établis par le management de la banque en fonction des données concrètes. L'affirmation vaut d'autant plus pour les risques juridiques.

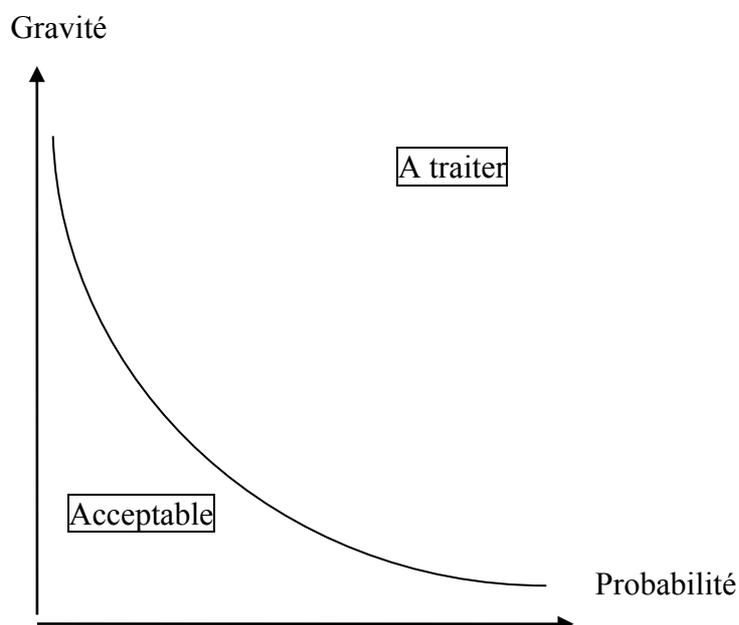


Figure n° 6 : Zone d'acceptabilité d'un risque⁵⁴⁰

267. Fréquence. D'après ce critère, les risques peuvent être fréquents ou extrêmes (ou critiques ou d'amplitude).

268. Gravité. En ce qui concerne la gravité, elle s'estime en fonction de l'impact financier qui peut être mineur, moyen ou majeur. Selon ce critère, les risques opérationnels peuvent être à faible impact (mineurs ou peu coûteux), impact moyen (moyennement coûteux) ou à impact fort (majeurs ou très coûteux).

269. Articulation des concepts clefs. Le plus souvent (et d'ailleurs, heureusement) les banques ont dans la pratique certes à gérer des risques fréquents, mais peu coûteux ou à faible impact. Les risques d'amplitude se caractérisent par une fréquence rare, mais à fort impact financier. De toute évidence, et c'est là tout l'art des analystes de risques, il faut savoir les quantifier. La quantification ne serait pas fiable sans la collecte des données internes et externes pertinentes, l'analyse de scénarios, des facteurs reflétant l'environnement opérationnel et les systèmes de contrôle interne.⁵⁴¹ En particulier, la collecte des données et une condition un *sine qua non* de l'analyse quantitative. Dans ce contexte, nous comprenons

⁵⁴⁰ Source : *ibidem*.

⁵⁴¹ BRI, Comité de Bâle sur le contrôle bancaire, *Convergence internationale de la mesure et des normes de fonds propres*, juin 2006, paragraphe 669 (e).

la légitimité de l'exigence du régulateur relative à la mise en place d'un système crédible, pertinent et transparent de collecte des données.

La quantification du risque opérationnel doit couvrir la totalité du risque opérationnel défini par le régulateur international, c'est-à-dire toutes les pertes résultant de carences ou de défauts attribuables à des procédures, personnels et systèmes internes ou à des événements extérieurs, y compris le risque juridique⁵⁴². Dans ce contexte, eu égard à la largeur du périmètre et au chevauchement des causes conduisant aux pertes, il est primordial d'éviter le double comptage des risques.

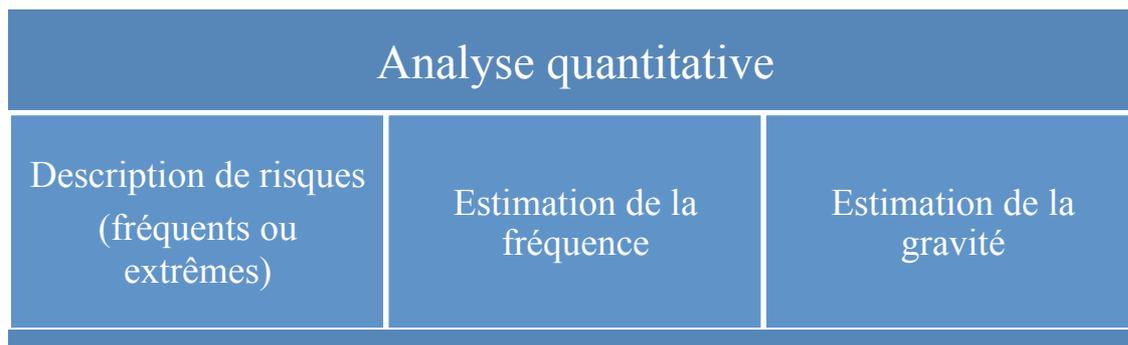


Figure n° 7 : Les étapes de l'analyse quantitative

2. Les méthodes du calcul du risque opérationnel

270. Méthodes du calcul du risque opérationnel. Dans le domaine du risque opérationnel, le Comité de Bâle a mis au point trois méthodes de calcul : l'approche indicateur de base (*Basic Indicator Approach - BIA*), l'approche standard (*Standard Approach - SA*) et l'approche mesure avancée (*Advanced Measurement Approach - AMA*).

- a) L'approche indicateur de base⁵⁴³

271. Méthode de l'indicateur de base : un calcul forfaitaire. La première méthode suppose l'application uniforme d'une formule mathématique pour l'ensemble de l'activité de l'établissement, sans aucun critère d'éligibilité. Conformément à l'article 315 du règlement « CRR », selon cette approche, « les fonds propres représentent 15% de la moyenne sur trois ans de l'indicateur pertinent énoncé à l'article 316 » du même texte européen⁵⁴⁴. Il s'agit d'un calcul forfaitaire qui exige l'utilisation des trois dernières observations annuelles, effectuées à la fin de chaque exercice. La méthode présente les inconvénients de ses avantages : une mise en place relativement simple qui se révèle, en revanche, coûteuse et moins rentable sur le plan

⁵⁴² *Idem*, paragraphe 644 et annexe 9.

⁵⁴³ Voir art. 315, 316 et 317 du règlement « CRR » ; Voir aussi art. 358-4 et s. de l'arrêté du 20 février 2007.

⁵⁴⁴ L'indicateur pertinent est la somme algébrique des éléments listés à l'article 316 du règlement « CRR ».

financier, car elle suppose l'immobilisation de 15% du produit net bancaire total au titre du capital réglementaire.

b) L'approche standard

272. Méthode standard : application des coefficients prédéterminés. L'approche standard⁵⁴⁵ consiste dans l'application de façon différenciée de certains coefficients variables en fonction de la ligne de métier ou secteur d'activité. En vertu de l'article 317 du règlement « CRR » les établissements de crédit divisent leurs activités en 8 lignes d'activités ou « lignes métiers » dans la terminologie consacrée par les Accords de Bâle. Ainsi, pour chacune d'entre elle, le régulateur décline un coefficient qui se déduit des indicateurs pertinents de chaque ligne métier. A titre d'exemple, pour la banque de détail il est prévu un coefficient (ou pondération) de 12% et pour la banque commerciale de 15%⁵⁴⁶. Si dans la première méthode il n'y a pas de critères d'éligibilité, dans la deuxième méthode le régulateur a prévu des critères à respecter pour son application. Ces critères sont relatifs à la qualité du système de gestion du risque et le suivi des données de pertes⁵⁴⁷. Les établissements ayant un profil particulier⁵⁴⁸ peuvent utiliser après autorisation préalable de l'ACPR une approche standard de remplacement, prévue par l'article 319 du règlement « CRR ».

c) L'approche « mesure avancée »

273. Méthode de mesure avancée : application d'une méthode interne du calcul. L'approche « mesure avancée »⁵⁴⁹ est celle qui donne la possibilité aux établissements de crédit de mettre en place leur propre méthodologie de mesure de risques, sous réserve de l'autorisation de l'autorité de contrôle. Le régulateur international et européen accorde ainsi une grande marge de flexibilité aux banques.

274 ». Avantages. Malgré le coût important de la mise en place des services de gestion du risque opérationnel, cette méthode présente deux grands avantages : elle apporte une meilleure connaissance du profil du risque et la possibilité d'une réduction importante en matière de fonds propres. En effet, cette méthode permet de diminuer dans une limite de 20% le montant total des fonds propres, en prenant en compte les assurances existantes. La banque doit disposer d'un dispositif crédible, transparent, bien documenté et vérifiable pour la mesure

⁵⁴⁵ Voir art. 360-1 à 362-3 de l'arrêté du 20 février 2007.

⁵⁴⁶ Les autres pondérations par ligne métier : Finance des entreprises : 18% ; Activités de marché (compte propre) (ou négociation et vente institutionnelle) : 18% ; Activités de paiement et règlement : 18% ; Service d'agence : 15% ; Gestion d'actifs : 12% ; Activités de marché (compte de tiers) (ou courtage de détail) : 12%.

⁵⁴⁷ Art. 320 du règlement « CRR ».

⁵⁴⁸ Les activités de banque de détail et de banque commerciale représentent au moins 90 % du revenu et une part significative des activités de banque de détail ou de banque commerciale comprend des prêts présentant une probabilité de défaut élevé

⁵⁴⁹ Art. 321 et 322 du règlement « CRR » ; Art. 363-1 de l'arrêté du 20 février 2007.

du risque opérationnel, capable de couvrir à la fois les pertes attendues et les pertes inattendues.

Les modèles internes peuvent différer d'une banque à l'autre et mettent l'accent sur le savoir-faire de chaque établissement. Cependant, tous les modèles doivent s'appuyer sur des critères qualitatifs⁵⁵⁰ et quantitatifs⁵⁵¹ énumérés dans le Titre III, Chapitre 4 du règlement « CRR » et approuvé ensuite par les autorités de contrôle compétentes. Ces critères portent principalement sur l'organisation interne de la banque, le processus de gestion des risques, la collecte des données internes et externes, les analyses de scénarios, l'environnement économique et les facteurs du contrôle interne. La sévérité des critères et des contrôles est censée compenser la grande attractivité de cette approche en termes financiers (l'AMA étant moins dévoratrice de fonds propres en comparaison avec les autres méthodes).

275. Approbation de la part des autorités de surveillance compétentes. La complexité des modèles et les enjeux en matière de stabilité et solvabilité financière, ainsi que de rendement, justifient la nécessité d'une approbation préalable de l'autorité de surveillance nationale, voire européenne (une fois le mécanisme européen de surveillance unique entré en vigueur). Le retour à des approches moins sophistiquées est possible si la banque obtient l'accord de la part des autorités de tutelle compétentes. Cependant, il est strictement encadré par l'article 313 du règlement « CRR » et la banque doit démontrer que la régression n'est pas proposée « *dans le but de réduire les exigences de fonds propres liées au risque opérationnel applicables à l'établissement, qu'elle est nécessaire vu la nature et la complexité de l'établissement et qu'elle ne devrait pas avoir d'impact négatif significatif sur la solvabilité de l'établissement ou sur sa capacité de gérer efficacement le risque opérationnel* ».

Après avoir montré les concepts fondateurs de l'analyse qualitative et quantitative, ainsi que les méthodes de calcul du risque opérationnel, il nous reste maintenant à montrer les principales phases de la méthodologie générale de la gestion des risques (§2).

⁵⁵⁰ Voir art. 321 du règlement européen « CRR » précité. Voir également art. 365 de l'arrêté du 20 février 2007 ; C. JIMENEZ, P. MERLIER, *op. cit.*, pp. 167-170.

⁵⁵¹ Voir art. 322 du règlement « CRR » précité.

§2. La méthodologie générale de la gestion des risques (*risk management*)

276. Méthodologie générale. La mise en œuvre d'un dispositif de gestion de risque opérationnel suppose l'application d'une méthodologie relevant du *risk management*⁵⁵² et qui est traditionnellement structurée en trois phases essentielles, à savoir la connaissance (A), le traitement (B) et la gestion (C) des risques.

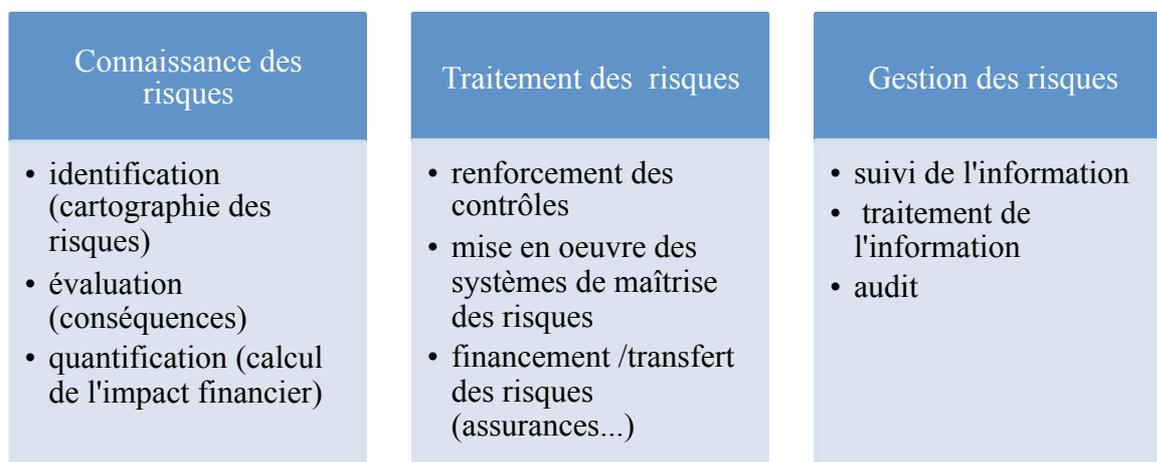


Figure n° 8 : Les piliers de la gestion des risques

Nous allons présenter brièvement chacune de ces trois étapes. Cet exercice nous sera d'une grande utilité dans l'analyse des risques juridiques bancaires.

A. La connaissance des risques

277. Première phase : connaissance des risques. Cette première phase suppose l'identification des risques susceptibles d'entraîner des pertes pour une entreprise. Dans le domaine bancaire, l'identification des risques se fait le plus souvent à l'aide des analyses dédiées à un thème précis, déclinées au titre de chaque métier ou fonction de la banque. Cette étape consiste à recueillir des informations, les ordonner, vérifier leur pertinence et ensuite utiliser des outils techniques pour créer des bases de données historiques des risques avérés.

De manière générale, les risques peuvent être classés, en distinguant selon⁵⁵³ leur localisation au niveau des fonctions et métiers de l'entreprise (direction générale, direction des ressources humaines, direction juridique, direction conformité, métier) et leur provenance (interne ou externe).

⁵⁵² J. CHARBONNIER, *Le risk management, Méthodologie et pratiques*, op. cit. p. 40-41.

⁵⁵³ *Idem*, p. 45-47.

1. Le référentiel réglementaire ou les éléments constitutifs du risque opérationnel selon le Comité de Bâle

278. Critères de segmentation des risques opérationnels. En ce qui concerne les risques opérationnels, les travaux du Comité de Bâle ont proposé une segmentation des risques en 8 lignes métiers et 7 catégories d'événements représentatives de l'ensemble des activités bancaires. Elles ont été reprises par la réglementation européenne en matière de fonds propres.

279. L'ensemble de l'activité de l'établissement est divisé en métiers bancaires. Les métiers prédéfinis par le règlement européen « CRR » sous la terminologie des « lignes d'activité » sont : le financement des entreprises, la négociation et la vente, le courtage de détail⁵⁵⁴, la banque commerciale, la banque de détail⁵⁵⁵, le paiement et le règlement, les services d'agence et la gestion d'actifs⁵⁵⁶.

280. L'ensemble du risque opérationnel est divisé en catégories de risques opérationnels. Concomitamment, aux termes de l'article 324 du règlement « CRR », les 7 grandes catégories de types d'événements causant des pertes sont :

- « Fraude interne (pertes liées à des actes visant à commettre une fraude ou un détournement d'actif ou à enfreindre/tourner une réglementation, une loi ou des règles de l'entreprise, à l'exclusion des cas de discrimination ou d'inapplication des règles en matière de diversité, et impliquant au moins un membre de l'entreprise)
- Fraude externe (pertes liées à des actes de tiers visant à commettre une fraude ou un détournement d'actif ou à enfreindre/tourner la loi)
- Pratiques en matière d'emploi et sécurité au travail (pertes liées à des actes contraires aux dispositions législatives et conventions en matière d'emploi, de santé ou de sécurité, à la réparation de préjudices corporels ou à des cas de discrimination ou d'inapplication des règles en matière de diversité)
- Clients, produits et pratiques commerciales (pertes liées à un manquement, non délibéré ou par négligence, à une obligation professionnelle envers un client donné (y compris les exigences en matière de confiance et d'adéquation du service), ou à la nature ou aux caractéristiques d'un produit)
- Dommages occasionnés aux actifs matériels (pertes liées à la perte ou à l'endommagement d'actifs matériels résultant d'une catastrophe naturelle ou d'autres événements)
- Interruptions de l'activité et dysfonctionnements des systèmes (pertes liées à une interruption de l'activité ou aux dysfonctionnements d'un système)

⁵⁵⁴ C'est-à-dire les activités avec des personnes physiques ou des PME remplissant les conditions fixées à l'article 123 du règlement « CRR » pour relever de la catégorie des expositions sur la clientèle de détail.

⁵⁵⁵ Soit les activités avec des personnes physiques ou des PME remplissant les conditions fixées à l'article 123 du règlement « CRR » pour appartenir à la catégorie des expositions sur la clientèle de détail.

⁵⁵⁶ Art. 317 du règlement « CRR ».

- Exécution, livraison et gestion des processus (pertes liées aux défaillances du traitement des opérations ou de la gestion des processus et aux relations avec les contreparties commerciales et les vendeurs) ».

381. Finalité : la cartographie des risques. Le but de cette trame « obligatoire et minimale » est de servir de base de réflexion pour la constitution d'une cartographie des risques pour chaque établissement de crédit qui aura un référentiel propre, mieux adapté à ses spécificités et plus facile à faire accepter à tous les niveaux de l'entreprise.

2. Le référentiel propre à chaque établissement

282. Référentiel propre de chaque banque. En partant du référentiel des risques opérationnels définis par le régulateur international, chaque établissement de crédit peut l'adapter à son propre fonctionnement. Plusieurs découpages sont envisageables, en faisant notamment référence à la dichotomie risques opérationnels internes (défaillances internes du personnel et/ou des procédures) et externes (défaillances dues à des événements extérieurs, comme les catastrophes naturelles, etc.) ou en utilisant d'autres classifications possibles : risques humains, risques techniques, risques liés à l'environnement extérieur, etc.

283. Découpage en lignes métiers. La définition du périmètre à analyser est une étape essentielle dans toute analyse de risque. Le périmètre doit inclure l'ensemble des activités de la banque ou du groupe. Pour y parvenir, il faut « découper » les activités en métiers et fonctions auxquels seront attachés les risques potentiels, c'est-à-dire les événements redoutés. Ce « découpage » existe couramment dans les banques sous la terminologie des « lignes métiers ».

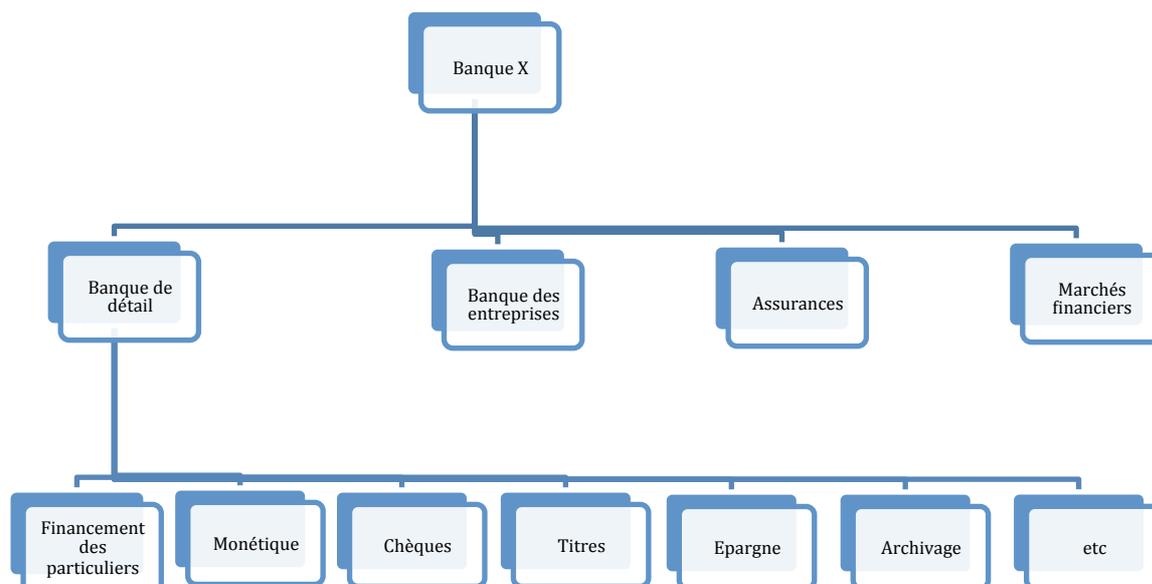


Figure n° 9 : Découpage en lignes métiers

284. Activités et processus spécifiques du métier. La décomposition en métiers n'étant pas suffisamment affinée, elle doit être complétée par une description exhaustive des activités et processus à l'intérieur du métier. Le processus est l'enchaînement ordonné d'un ensemble d'activités, produisant une valeur ajoutée croissante, permettant de délivrer au client (interne ou externe) le produit ou le service correspondant à sa demande⁵⁵⁷.

285. Exemple tiré du métier « Financement des particuliers ». Considérons la filière métier « Financement des particuliers » comme notre fil d'Ariane pour cette première phase dite de l'identification des risques. Le financement des particuliers a comme objectifs la mise en œuvre des prêts personnels, facilités de caisse, découverts et prêts immobiliers à des particuliers, clients externes de la banque. Ces opérations doivent être accomplies en conformité avec les obligations légales et, bien évidemment, avec la politique commerciale de l'établissement de crédit. Dans le graphique suivant nous essayons de montrer d'une manière non exhaustive les principaux processus afférents à ce métier. A titre d'exemple, nous signalons les processus suivants : octroyer des crédits immobiliers et à la consommation, octroyer des crédits scorés et non scorés, obtenir la conformité et la complétude du dossier, prendre les garanties nécessaires, émettre et envoyer l'offre, recevoir l'offre signée du client, mettre à disposition les fonds, gérer les impayés sur compte de prêt, réaménager, renégocier, mettre en place les plans de surendettement, régler les factures (mises à disposition multiple sur compte de prêt), prendre en compte les remboursements anticipés, etc.

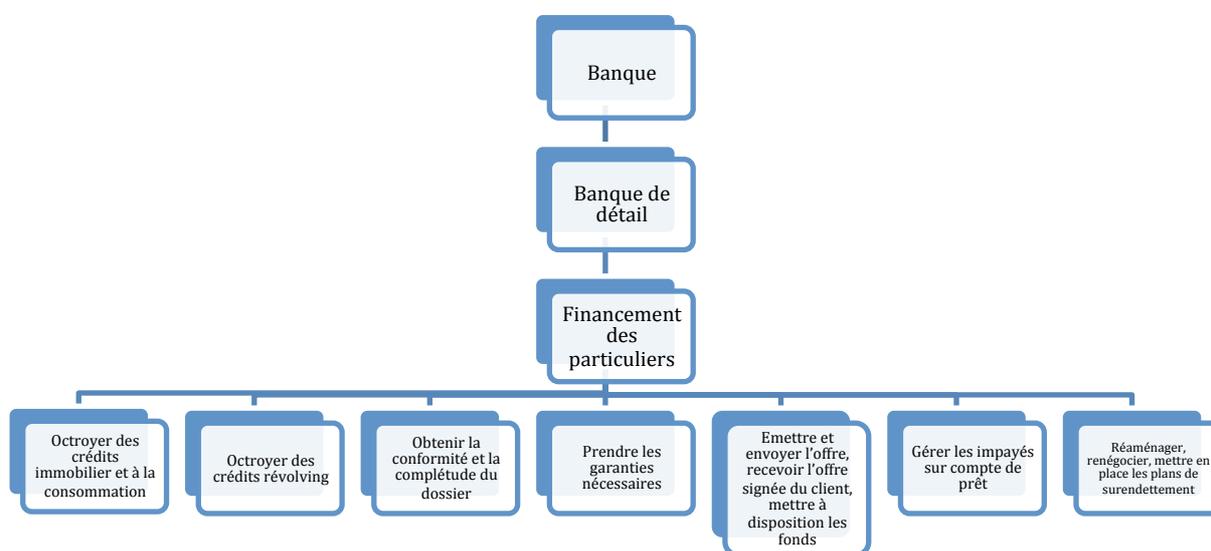


Figure n° 10. Processus de la filière métier « Financement des particuliers » (liste non exhaustive)

⁵⁵⁷ CH. JIMENEZ, P. MERLIER, *op. cit.*, p. 27.

Une fois la modélisation du fonctionnement de l'entreprise en fonctions, métiers et processus accomplie, il convient de passer à l'étape suivante : la cartographie des risques associés aux métiers et processus. Cette association des risques aux métiers et leur rattachement aux processus spécifiques a l'avantage de présenter une vision globale des risques engendrés dans chaque filière.

3. La cartographie des risques

286. Cartographie des risques. L'article 17 quater du règlement CRBF 97-02 met à la charge des banques l'obligation de disposer d'une cartographie⁵⁵⁸ qui identifie et évalue les risques internes et externes encourus.

287. Association des risques aux processus de chaque métier. Lors de cette première étape d'identification, l'analyste de risque cherchera à associer aux processus de chaque métier tous les événements à risque. Cela ne veut pas dire que tout risque potentiel sera retenu, mais uniquement ceux qui pourraient avoir des conséquences sur le déroulement conforme du métier. Tout d'abord, l'analyste de risque établit une liste des risques génériques (il s'agit notamment des catastrophes naturelles, de l'interruption de système d'information, de l'erreur humaine, de la fraude, etc.). Ensuite, il procède à l'identification des risques spécifiques au métier (filiale) avec l'appui des opérationnels métiers qui seront appelés à faire une liste des événements redoutés. Il est important que la nomenclature et la décomposition retenue soit conforme au fonctionnement et au langage de l'entreprise afin qu'elle soit acceptée et comprise par les opérationnels. Il est également primordial de s'assurer qu'un même risque recevra la même définition au cas où il est présent dans deux activités différentes de la même entreprise.

288. Obligation d'alignement avec la nomenclature prédéfinie par le régulateur – condition *sine qua non* pour une supervision efficace. Le dispositif mis en place doit être, par ailleurs, conforme aux exigences du régulateur, ce qui demande un travail d'alignement avec la nomenclature baloise et européenne. Étant donné que l'Accord de Bâle III n'a pas apporté de modifications en la matière, les établissements de crédit doivent utiliser la

⁵⁵⁸ L'art. 17 quater du règlement CRBF 97-02 : « Les systèmes et procédures doivent permettre aux établissements de disposer d'une cartographie qui identifie et évalue les risques encourus au regard de facteurs internes et (notamment la complexité de l'organisation, la nature des activités exercées, le professionnalisme des personnels et la qualité des systèmes) et externes (notamment les conditions économiques et les évolutions réglementaires). Cette cartographie :

- a) Prends en compte l'ensemble des risques encourus ;
- b) Est établie par entité et/ou ligne de métier, au niveau auquel est exercée, le cas échéant, la surveillance consolidée ou complémentaire
- c) Évalue l'adéquation des risques encourus par rapport aux orientations de l'activité
- d) Identifie les actions en vue de maîtriser les risques encourus, par :
 - le renforcement des dispositifs de contrôle permanent
 - la mise en œuvre des systèmes de surveillance et de maîtrise des risques définis au titre V
 - la définition des plans de continuité de l'activité prévus à l'art. 14-1 ».

classification des événements générateurs de pertes opérationnelles donnée par l'accord de Bâle II dans l'annexe 9. Ce principe de mise en correspondances de lignes d'activités (ou « mapping ») est également prévu par l'article 318 du règlement européen « CRR », mais les normes concrètes d'application devront être élaborées par l'Autorité bancaire européenne qui doit les soumettre à la Commission au plus tard le 31 décembre 2017⁵⁵⁹.

Il convient de préciser que le lien entre le langage bâlois et le langage interne de l'établissement est d'autant plus nécessaire que les modélisations internes font l'objet d'homologations et audits de la part de l'autorité de contrôle compétente qui doit vérifier la couverture totale de risques, en suivant la trame d'identification harmonisée par le dispositif réglementaire international et européen. En d'autres termes, tout risque identifié, évalué et calculé doit s'intégrer dans l'une des catégories de niveau I et II prévues par le Comité. Le risque tel que défini par la banque sera alors inclus dans la nomenclature de niveau III, c'est-à-dire dans la nomenclature interne.

⁵⁵⁹ Art. 318 du règlement n° 575/2013 du 26 juin 2013 : « 1. Les établissements élaborent et conçoivent par écrit des politiques et critères spécifiques aux fins de la mise en correspondance de l'indicateur pertinent pour les lignes d'activité actuellement exercées dans le cadre standard défini à l'article 317. Elles réexaminent ces politiques et critères et les adaptent dûment en cas d'évolution des activités commerciales et des risques. 2. Les établissements appliquent les principes suivants à la mise en correspondance des lignes d'activité: a) les établissements répartissent toutes les activités exercées entre les lignes d'activité existantes de façon exhaustive et exclusive; b) les établissements intègrent toute activité qui ne peut être aisément insérée dans le cadre standard des lignes d'activité, mais qui a un caractère connexe par rapport à une activité appartenant audit cadre, à la ligne d'activité qu'elle appuie. Si cette activité connexe vient en appui de plusieurs lignes d'activité, les établissements utilisent un critère objectif pour la mise en correspondance; c) si une activité ne peut être intégrée à une ligne d'activité donnée, les établissements l'affectent à la ligne d'activité qui obtient le pourcentage le plus élevé. Toutes les activités connexes qui y sont relatives doivent également être intégrées à la même ligne d'activité; d) les établissements peuvent utiliser des méthodes de tarification interne pour répartir l'indicateur pertinent entre les lignes d'activité. Les coûts qui sont générés dans une ligne d'activité mais sont imputables à une autre ligne d'activité peuvent être affectés à cette dernière; e) la mise en correspondance des activités avec les lignes d'activité aux fins du calcul des exigences de fonds propres pour risque opérationnel doit concorder avec les catégories que les établissements utilisent en matière de risque de crédit et de risque de marché; f) la direction générale assume la responsabilité de la politique de mise en correspondance, sous le contrôle de l'organe de direction de l'établissement; g) les établissements soumettent le processus de mise en correspondance des lignes d'activité à un réexamen indépendant. 3. L'ABE élabore des projets de normes techniques d'exécution afin de déterminer les conditions d'application des principes applicables à la mise en correspondance de lignes d'activité définis au présent article. L'ABE soumet ces projets de normes techniques d'exécution à la Commission au plus tard le 31 décembre 2017. La Commission est habilitée à adopter les normes techniques d'exécution visées au premier alinéa conformément à l'article 15 du règlement (UE) no 1093/2010 ».

La cohérence des nomenclatures internes avec la typologie des risques définis par Bâle II		
Nomenclature Bâle niveau I	Nomenclature Bâle niveau II	Nomenclature niveau III Nomenclature interne
Clients, produits et pratiques commerciales	Conformité, diffusion d'information et devoir fiduciaire	EX. métier : Financement des particuliers Mise en cause de la banque pour défaut d'information dans un dossier de prêt

Tableau n° 1 : « La cohérence des nomenclatures internes avec la typologie des risques définis par le régulateur international »

289. Cartographie ne se résume pas à une simple énumération des risques. La cartographie est une radiographie des risques à un instant donné, résultant le plus souvent de la collecte des données, de l'analyse qualitative (causes, conséquences) et quantitative (calcul du coût engendré). Cette première étape est un préalable nécessaire à toute gestion de risques. Cependant la cartographie ne se résume pas à l'identification, c'est-à-dire à une énumération des risques. L'analyste de risque doit pousser son raisonnement plus loin : il cherchera à comprendre le déroulement des processus afin d'identifier les actions en vue de maîtriser les risques encourus. C'est l'occasion pour réfléchir au « *renforcement des dispositifs de contrôle permanent, à la mise en œuvre des systèmes de surveillance et de maîtrise des risques et à la définition des plans de continuité de l'activité* » (article 17 quater du règlement CRBF 97-02)

Dans l'analyse de risque opérationnel, il convient de distinguer les incidents avérés et les incidents potentiels.

a) Incidents avérés versus incidents potentiels

290. Incidents avérés. La détection des incidents avérés ou historiques relève de la responsabilité de tous les opérationnels. Ces incidents doivent être enregistrés dans une base de données afin d'assurer la traçabilité des données collectées.

291. Incidents potentiels. Les risques opérationnels sont appréhendés sous l'angle des incidents potentiels qui sont issus des analyses de processus et construits à partir des incidents historiques correspondants. Ces analyses s'appuient sur des données de pertes internes (les incidents historiques), mais également sur des données externes. Les incidents potentiels sont eux aussi enregistrés dans des bases de données différentes de celles collectant les risques avérés afin de pouvoir comparer les deux types de risques. C'est cette comparaison qui permettra aux analystes de risques de vérifier la cohérence des fréquences et des gravités moyennes, la mise en évidence des risques non couverts par les incidents potentiels analysés, mais représentés par des incidents historiques internes ou externes.

L'incident potentiel est souvent présenté par la littérature spécialisée⁵⁶⁰ comme étant une ressource issue de l'imagination des analystes de risques. La philosophie du *risk management* consiste avant tout à se poser la question « et si... ? » (« What if... ? ») ce qui implique de mettre en œuvre les ressources inépuisables de l'imagination humaine. Parmi les outils les plus utilisés, il convient de mentionner la méthode des scénarios.

b) Les scénarios de risque

292. Scénarios de risque. La méthode des scénarios suppose de créer par la pensée et l'imagination des situations à venir caractérisées par leur complexité. Elle est notamment pratiquée lorsque l'analyste de risque évalue l'exposition de la banque à des pertes peu fréquentes, mais potentiellement lourdes (risques extrêmes ou d'amplitude).

L'analyse de scénarios est prévue par l'article 370 de l'arrêté du 20 février 2007 qui dispose que « *pour évaluer leur exposition aux événements extrêmes* », les banques « *recourent à l'analyse de scénarios fondés sur des avis d'experts et s'appuyant sur des données externes. Ces évaluations sont périodiquement validées et revues au regard des pertes internes ou externes constatées afin de s'assurer de leur fiabilité.* »

Le scénario prend en considération des causes et des conséquences tout à fait plausibles et raisonnables, tout en s'appuyant sur les connaissances des cadres des métiers expérimentés. Le plus souvent l'analyste de risque doit recourir à des données externes. C'est le cas d'un scénario qui prévoit une mise en cause de la banque pour défaut d'information ou de conseil du banquier par une association de protection des droits de consommateurs au nom de ses nombreux clients.

En outre, l'analyse de scénarios devrait être utilisée par la banque pour estimer les pertes potentielles provenant de plusieurs événements de pertes simultanés.

⁵⁶⁰ J. CHARBONNIER, *Le risk management, Méthodologie et pratiques*, op. cit., p. 60.

4. La collecte de données

293. Collecte de données internes et externes. Le processus de collecte des données tant internes qu'externes doit respecter une série de principes et critères mis en évidence par le Comité de Bâle. Il doit être décrit dans des procédures internes, et l'utilisation des données doit être documentée et soumise à des vérifications régulières, voire indépendantes dans le cas des données externes.

a) Données internes

294. Obligation de collecter les données internes. Dans la droite lignée du Comité de Bâle, le régulateur français a prévu à l'article 367 de l'arrêté du 20 février 2007 une série de critères que doivent respecter les banques lorsqu'elles collectent leurs incidents internes.

295. Critère temporaire. Tout d'abord il s'agit d'un critère temporaire : « *les méthodes de mesure interne du risque opérationnel sont fondées sur une période d'observation historique minimale de cinq ans* ».

296. Critère de couverture. Ensuite, l'arrêté prévoit d'autres critères concernant le caractère exhaustif de la collecte, les seuils de pertes minimales, des règles pour éviter le double comptage des pertes de risque opérationnel en rapport avec le risque de crédit ou le risque de marché, les informations essentielles qui doivent figurer dans l'incident saisi, etc. En ce qui concerne l'exhaustivité, tant le régulateur international ainsi que le législateur français considèrent que la collecte des incidents internes doit prendre en compte toutes les activités et les implantations géographiques de la banque⁵⁶¹.

297. Critère de gravité. En ce qui concerne les seuils adéquats à partir desquels une perte ou un autre type d'incident (manque à gagner) peut alimenter la base de données internes, le régulateur accorde aux banques une marge d'appréciation assez large. Il donne comme exemple le seuil à 10 000 euros, tout en précisant qu'il peut varier d'un établissement à l'autre, et même au sein de la même banque, selon les lignes de métier et/ou les types d'événements. Le même raisonnement s'applique en cas du seuil délimitant des pertes « significatives ». Le régulateur limite toutefois la liberté de décision des banques en disposant que les seuils devraient correspondre globalement à ceux des établissements comparables.

298. Critères de saisies dans les bases de données. Les données internes doivent être inscrites dans la base des incidents de risque opérationnel de chaque établissement. Elles doivent mentionner le montant brut des pertes, la date de l'événement, le recouvrement éventuel d'une partie du montant initial de la perte (montant brut), une description des circonstances, les causes à l'origine de la perte et elles seront rattachées à une fonction, activité ou métier.

⁵⁶¹ BRI, Comité de Bâle sur le contrôle bancaire, *Convergence internationale de la mesure et des normes de fonds propres*, juin 2006, *op. cit.*, paragraphe 670.

299. Risque de double comptage. Le risque opérationnel tend à « contaminer » les autres types de risques, car souvent les risques de crédit ont des causes relevant de la catégorie des risques opérationnels. Pour ne pas tomber dans le piège de double comptage, le régulateur a anticipé ce genre de situation et a tranché en fixant le principe de la continuité : les pertes opérationnelles associées au risque de crédit et incluses depuis longtemps dans les bases de données des banques sur le risque de crédit (carences dans la gestion des sûretés, par exemple) continuent d’être traitées comme risque de crédit aux fins du calcul des exigences minimales de fonds propres réglementaires dans le cadre du Bâle II. En conséquence, même si certaines causes pourraient les faire basculer dans la catégorie des risques opérationnels, ces pertes ne sont pas assujetties à une exigence de fonds propres au titre du risque opérationnel. Cependant, pour avoir une image globale et non biaisée, les banques doivent, pour la gestion interne du risque opérationnel, identifier toutes les pertes significatives liées au risque opérationnel⁵⁶², y compris celles qui sont déjà liées au risque de crédit. Cette obligation requiert des bases de données aptes à séparer les données qui sont censées entrer dans le calcul du capital et celles qui ne le sont pas.

300. Obligation de rattachement à la nomenclature prédéfinie par le régulateur. Au nom de la cohérence et de la volonté de faciliter le processus de validation par l’autorité de contrôle, les incidents internes doivent être rattachés à la nomenclature bâloise, et notamment aux catégories de risque de premier niveau⁵⁶³.

b) Données externes

301. Obligation de prendre en compte les données externes. Le système de mesure du risque opérationnel d’une banque est tenu d’utiliser des données externes pertinentes concernant des incidents de risque opérationnel. Leurs sources peuvent être les données publiques, comme la jurisprudence des tribunaux et cours nationales et des autorités de tutelle nationales, et/ou les données partagées au sein du secteur bancaire. Ces informations sont extrêmement utiles lorsqu’il faut évaluer des événements qui peuvent engendrer des pertes sévères. Ces données externes sont censées inclure le montant des pertes réelles, l’activité à l’origine de ces pertes, les causes et les circonstances de l’événement.

Dans ses procédures internes, la banque doit prévoir les circonstances nécessitant de recourir à des données externes et les méthodologies à utiliser (« *par exemple, transposition, ajustements qualitatifs ou intégration dans les modèles pour améliorer l’analyse de scénarios* »⁵⁶⁴).

⁵⁶² *idem*, paragraphe 644 et annexe 9.

⁵⁶³ *idem*, les annexes 8 et 9.

⁵⁶⁴ *idem*, paragraphe 674.

5. *L'évaluation des risques*

302. Evaluation exhaustive des risques. Evaluer un risque signifie de chiffrer les conséquences éventuelles de sa survenance, en appréciant, d'une part, sa gravité en termes financiers et, d'autre part, sa fréquence. A l'exhaustivité de l'identification correspond par symétrie l'exhaustivité de l'évaluation. Suivant le registre fréquentiel et la gravité des incidents, les analystes de risque pourront modéliser les incidents potentiels qui serviront de base de calcul pour le capital de la banque⁵⁶⁵.

303. Evaluation de la gravité en termes financiers. Les critères d'impact financiers doivent être établis par le management de chaque institution bancaire, ce qui signifie que c'est à lui de fixer les seuils à partir desquels on considère un risque comme étant très faible, faible, moyen ou fort.

304. Risque d'image – difficilement quantifiable. Le même exercice peut être effectué en ce qui concerne l'impact en termes d'image. Cependant, le Comité de Bâle n'inclut pas dans le risque opérationnel le risque d'image. Cette position est due à la grande difficulté de mesurer l'impact d'image. Comment l'apprécier exactement ? En termes de nombre de réclamations, d'article de presse, de perte de clientèle, de non captation de clientèle ? Le fait que le régulateur international n'exige pas sa prise en compte pour la quantification du risque opérationnel, n'empêche pas la banque d'évaluer ses risques également en fonction de risque d'image.

305. Evaluation de la fréquence. Des règles d'évaluation peuvent être également données pour la fréquence ce qui signifie d'apprécier la récurrence annuelle de l'événement redouté. La frontière entre la fréquence très faible, faible, moyenne ou forte est fixée par chaque banque et adaptée à chaque activité et métier. En fonction de leur fréquence, nous distinguons les risques courants ou de fréquence et les risques extrêmes ou d'amplitude.

B. Le traitement des risques opérationnels

306. Traitement des risques : contrôle, transfert et réduction des risques. Lorsque les risques opérationnels ont été identifiés et évalués, il convient de passer à l'étape suivante qui consiste dans leur traitement. Cette phase couvre les contrôles en matière de risque opérationnel, le transfert⁵⁶⁶ et la réduction des risques.

⁵⁶⁵ Celui-ci est calculé à partir de la simulation des pertes annuelles résultant des incidents potentiels qui ont été ainsi modélisés.

⁵⁶⁶ Nous n'allons pas aborder cette problématique, elle étant spécifique au risque de crédit, une technique classique de transfert de risques est la titrisation.

1. Le contrôle interne

307. Contrôle interne – obligation légale. La banque doit être consciente de ses risques et les maîtriser. C'est en effet la raison pour laquelle le contrôle des risques, « *signe d'une société industrielle moderne* » et « *étape éminente de la démarche du risk management, et reconnue comme telle depuis longtemps*⁵⁶⁷ », est désormais une obligation légale⁵⁶⁸. Conformément à l'article L511-55 du Code monétaire et financier, les établissements de crédit « *se dotent d'un dispositif de gouvernance solide comprenant notamment une organisation claire assurant un partage des responsabilités bien défini, transparent et cohérent, des procédures efficaces de détection, de gestion, de suivi et de déclaration des risques auxquels ils sont ou pourraient être exposés, d'un dispositif adéquat de contrôle interne, de procédures administratives et comptables saines et de politiques et pratiques de rémunération permettant et favorisant une gestion saine et efficace des risques* ». De surcroît, l'article 32 du règlement CRBF 97-02 du 21 janvier 1997 consacre l'obligation des banques de se doter « *de moyens adaptés à la maîtrise des risques opérationnels, y compris juridiques* ». ⁵⁶⁹

308. Règles générales en matière de contrôle interne. Il convient de constater que le dispositif de contrôle, quel qu'il soit, doit respecter certaines règles générales imposées par la loi :

⁵⁶⁷ J. CHARBONNIER, *op. cit.*, p. 99.

⁵⁶⁸ Voir art. 74 de la directive « CRD IV » ; Voir également les art. 321 et 322 du règlement « CRR » relatifs aux critères qualitatifs et quantitatifs à respecter pour pouvoir utiliser les approches de mesure avancée des risques opérationnels ; Art. L 511-55 du Code monétaire et financier ; Règlement CRBF 97-02 précité; Arrêté du 20 février 2007 précité (art. 361-1 et s.) ; Cadre de référence de l'AMF relatif au contrôle interne, du 31 octobre 2006, a vocation à proposer les grands axes relatifs au contrôle interne afin d'harmoniser les pratiques existantes – document consultable sur internet :

http://www.amf-france.org/documents/general/7412_1.pdf (consultée le 28 septembre 2011).

Sur le plan international voir : Les recommandations « Bâle II » ; les directives européennes 2006/48/CE et 2006/49/CE ; « Internal Control – Integrated Framework », publié en 1992 par le Committee of Sponsoring Organizations of the Treadway Commission, comité américain qui a conçu ce référentiel à réputation internationale en matière de contrôle interne ; la Securities and Exchange Commission (SEC) et le Public Company Accounting Oversight Board (PCAOB) ont fortement recommandé aux entreprises américaines et étrangères cotées à New York d'adopter le COSO comme référentiel de contrôle interne, ce qu'ont dû faire les groupes français cotés à New York; aux Etats-Unis la loi Sarbanes Oxley Act (SOX) du 30 juillet 2002 (et notamment son art. 404 qui stipule par ailleurs la responsabilité de la Direction Générale pour la mise en place d'une structure de contrôle interne comptable et financier) ; En Belgique: voir art. 21 de la nouvelle loi relative au statut et au contrôle des établissements de crédit du 25 avril 2014, précitée.

⁵⁶⁹ Pour mémoire, avant le règlement CRBF 97-02, c'est le règlement CRBF 90/08 qui avait introduit l'obligation de mettre en place un contrôle interne bancaire, en demandant de : « *a) vérifier que les opérations réalisées par l'établissement ainsi que l'organisation et les procédures internes sont conformes aux dispositions législatives et réglementaires en vigueur, aux normes et usages professionnels et déontologiques et aux orientations de l'organe exécutif* », *b) vérifier que les limites fixées en matière de risques, notamment de contrepartie, de change, de taux d'intérêt ainsi que d'autres risques de marché, sont strictement respectées; c) veiller à la qualité de l'information comptable et financière, en particulier aux conditions d'enregistrement, de conservation et de disponibilité de cette information.* ».

- le contrôle est à la fois permanent et périodique⁵⁷⁰ ;
- le contrôle permanent est assuré par des agents, au niveau des services centraux et locaux, exclusivement dédiés à cette fonction, mais également par d'autres agents exerçant des activités opérationnelles⁵⁷¹ ;
- le contrôle périodique est assuré au moyen d'enquêtes par des agents au niveau central et local⁵⁷² ;
- l'organisation du dispositif doit être conçue de manière à assurer une stricte indépendance entre les unités opérationnelles et celles chargées de leur contrôle⁵⁷³ ;
- l'entreprise doit s'assurer que le dispositif de contrôle interne mis en place dispose des moyens humains et techniques nécessaires à l'exercice de ses missions⁵⁷⁴
- les responsables du contrôle interne doivent rendre compte de l'exercice de leurs missions à l'organe exécutif (administration centrale de l'établissement)⁵⁷⁵; ils peuvent également le faire directement auprès de l'organe délibérant (conseil d'administration), en fonction de la politique interne de l'établissement ;
- un programme des missions de contrôle doit être établi au moins une fois par an en intégrant les objectifs annuels de la société en matière de contrôle ;
- les entreprises doivent définir des procédures qui permettent de vérifier l'exécution dans des délais raisonnables des mesures correctrices ;
- en cas de non-exécution des mesures correctrices décidées, le responsable du contrôle périodique doit informer directement et de sa propre initiative le comité d'audit.

309. Acteurs du contrôle interne bancaire. Dans les banques les acteurs du contrôle internes sont: le responsable de la fonction conformité, le responsable de la fonction de gestion des risques⁵⁷⁶, le comité des risques⁵⁷⁷, le comité d'audit, la direction générale⁵⁷⁸, le conseil d'administration, le conseil de surveillance ou tout autre organe exerçant des fonctions de surveillance. Le dispositif de contrôle relatif aux risques opérationnels est une composante essentielle du contrôle interne des banques et joue un rôle fondamental dans l'amélioration et l'efficacité de ce dernier⁵⁷⁹.

⁵⁷⁰ Art. 6 du Règlement CRBF 97-02 précité.

⁵⁷¹ *Ibidem*.

⁵⁷² *Ibidem*.

⁵⁷³ Art. L 511-55 du Code monétaire et financier ; Art. 7 du Règlement CRBF 97-02 précité.

⁵⁷⁴ *Ibidem*.

⁵⁷⁵ Art. 8 du Règlement CRBF 97-02 précité.

⁵⁷⁶ Art. L 511-65 du Code monétaire et financier.

⁵⁷⁷ Art. L 511-92 du Code monétaire et financier ; Voir également art. 76 de la directive « CRD IV » ; Voir *supra* n° 185 et 186.

⁵⁷⁸ Voir art. L 511-13 du Code monétaire et financier ; Elle est en charge de définir et donner les impulsions nécessaires au développement de l'activité, de surveiller le dispositif d'implémentation, en étant notamment responsable de l'organisation et des procédures de contrôle interne et de l'ensemble des informations requises à ces titres par la réglementation.

⁵⁷⁹ Il s'agit de tous les risques, pas uniquement de ceux opérationnels. En ce sens, l'art. 32 du règlement CRBF 97-02 consacre l'obligation de contrôler les risques de crédit, de marché, de taux d'intérêt global, d'intermédiation, de règlement et de liquidité et opérationnel.

a) Le contrôle permanent des risques opérationnels

310. Acteurs de la politique de surveillance des risques opérationnels. Il convient de souligner que « *la prévention des risques opérationnels n'est plus l'exclusivité de quelques experts, mais doit devenir une véritable culture d'entreprise*⁵⁸⁰ » ce qui fait que le dispositif de contrôle permanent des risques opérationnels de la banque est censé s'organiser autour de deux axes :

- un contrôle de premier niveau qui implique la responsabilisation des opérationnels dans la gestion des risques ; et
- un contrôle de second niveau sur cette gestion assuré par des fonctions indépendantes.

La surveillance des risques implique tous les collaborateurs et est intégrée aux différents processus de décision. Elle s'appuie sur la Direction générale, sur la fonction de gestion des risques, sur la fonction conformité et, de surcroît, lorsque les banques peuvent être qualifiées « *d'importance significative au regard de leur taille et de leur organisation interne ainsi que de la nature, de l'échelle et de la complexité de leurs activités* »⁵⁸¹, sur un comité des risques.

311. Piliers de la politique de surveillance des risques. La politique de surveillance des risques repose sur une bonne collaboration entre la direction « risques » et les lignes opérationnelles des métiers et fonctions de la banque, sur la remontée exhaustive et rigoureuse des données et sur le partage des responsabilités. Les opérationnels assurent la mise en œuvre des politiques et procédures édictées par la direction « risques » et les directions établies au niveau de chaque métier. Ils ont un rôle fondamental dans la détection et l'enregistrement des incidents, la mise en place des mesures correctrices et conservatoires, la proposition de modification des mesures existantes ou la création de nouveaux contrôles.

Une étape préalable et essentielle du traitement des risques par les contrôles réside dans l'identification des facteurs des risques à l'aide des spécialistes du secteur d'activité ou métier concerné. Il s'agit plus précisément d'une autoévaluation, d'une appréciation interne du dispositif de maîtrise des risques déjà existant. Pour chaque risque et donc, implicitement, pour chaque métier, filière ou fonction, il faut juger la pertinence des mesures en place. Il faut d'abord les identifier et ensuite les caractériser comme peu fiables, fiables, etc.

Lors de la conception des contrôles, il faut trouver la juste mesure car « trop de contrôle tue le contrôle ». En pratique, en règle générale, les managers se fondent sur l'expérience, et les estimations sont souvent empiriques.

312. Procédures documentées et vérification. Le dispositif que tous les aspects de son application doivent être documentés et soumis à une vérification indépendante interne ainsi qu'externe par le biais de l'autorité de contrôle. Concomitamment, le régulateur international recommande la vérification régulière des processus et résultats du contrôle internes des

⁵⁸⁰ C. JIMENEZ, P. MERLIER, *op. cit.*, p. 65.

⁵⁸¹ Art. L 511-89 du Code monétaire et financier.

risques opérationnels par comparaison avec les données internes de pertes effectives et les données externes pertinentes⁵⁸².

b) Le contrôle périodique

313. Contrôle périodique. L'article 361-1 (c) de l'arrêté du 20 février 2007 prévoit que les procédures de gestion et les systèmes d'analyse et de mesure du risque opérationnel font l'objet de contrôles périodiques dans les conditions prévues au règlement CRBF n° 97-02⁵⁸³.

314. Objectifs. La raison d'être de l'audit interne est intimement liée à l'obligation des banques de valider et de réévaluer périodiquement leur dispositif de prise en compte des facteurs de risques et ses résultats, notamment au regard des pertes internes effectivement subies et des données externes de perte pertinentes⁵⁸⁴. Les missions régulières et ponctuelles de l'audit interne garantissent l'efficacité du dispositif de contrôle interne des risques opérationnels. Elles assurent une surveillance de la mise en œuvre de la politique de la Direction générale en matière de sécurité, de règles internes et de la réglementation. Les auditeurs peuvent se concentrer, en fonction des objectifs de leur mission, sur des aspects

⁵⁸² Au titre de l'art. 32-1 du règlement CRBF 97-02, les banques doivent mettre en place des systèmes et procédures adaptées afin d'assurer une analyse à la fois en amont et prospective des risques encourus lorsqu'elle décide de lancer des nouveaux produits, de modifier significativement des produits préexistants, de réaliser des opérations de croissance interne et externe et des transactions exceptionnelles. Le dispositif de contrôle permanent des risques doit s'assurer que l'analyse a été rigoureuse et préalable, que les procédures de mesure, de limite et de contrôle des risques encourus sont adéquates et que, le cas échéant, les adaptations nécessaires aux procédures en place ont été engagées.

La banque doit assurer en permanence le respect des procédures mises en place, et d'analyser les causes de leur défaillance, en proposant les mesures correctrices nécessaires. Tous ces efforts s'accompagnent d'une politique transparente de communication en interne envers la hiérarchie et vers l'extérieur envers les autorités de tutelle.

Le système de contrôle interne de la banque doit inclure les activités externalisées, car elle reste pleinement responsable du respect de toutes les obligations qui lui incombent. C'est un aspect très important, car - au terme de l'art. 37-2, alinéa 1 (a) du règlement 97-02 - « l'externalisation n'entraîne aucune délégation de la responsabilité de l'organe exécutif » et doit s'inscrire dans une politique formalisée du contrôle des prestataires externes définie par la banque ; Voir également art. L511-56 du Code monétaire et financier.

⁵⁸³ Cette distinction entre le contrôle interne et le contrôle périodique fait partie des principes fondamentaux énoncés par le Comité de Bâle et notamment avec le « Principe 17 – Contrôles internes et audit » : « *Les autorités de contrôle bancaire doivent avoir l'assurance que les banques sont dotées de procédures de contrôles internes adaptées à la taille et à la complexité de leurs activités et recouvrant plusieurs aspects : dispositions claires de délégation des pouvoirs et des responsabilités ; séparation des fonctions donnant lieu à un engagement de la banque, au versement de fonds et touchant aux actifs et aux passifs ; vérification de concordance de ces processus ; préservation des actifs ; audit interne et fonction de contrôle de conformité indépendants et appropriés pour vérifier la mise en œuvre de ces contrôles ainsi que le respect des lois et réglementations applicables* ».

⁵⁸⁴ L'art. 370 (d) de l'arrêté du 20 février 2007.

quantitatifs : les critères, les seuils permettant de caractériser et identifier les incidents dits « significatifs »⁵⁸⁵.

2. Facteurs d'atténuation des risques

315. Assurances – techniques d'atténuation des risques. Si l'autorité de contrôle compétente a autorisé une banque d'utiliser un modèle de mesure avancée du risque opérationnel, fondé sur son approche interne, elle peut prendre en compte les polices d'assurance comme technique d'atténuation du risque opérationnel aux fins du calcul des exigences de fonds propres réglementaires. Cette prise en compte est limitée à 20 % de l'exigence de fonds propres totale au titre du risque opérationnel. Cependant, il convient de souligner que cette problématique dépasse largement le sujet de notre étude. C'est la raison pour laquelle nous précisons simplement que c'est l'article 323 du règlement « CRR » qui reprend les recommandations de Comité de Bâle en la matière⁵⁸⁶, en énonçant les critères pour l'autorisation de cette technique d'atténuation⁵⁸⁷.

⁵⁸⁵ En application de l'art. 17 ter du règlement 97-02 « est réputée à cet effet significative toute fraude entraînant une perte ou un gain d'un montant brut dépassant 0,5% des fonds propres de base ».

⁵⁸⁶ BRI, Comité de Bâle sur le contrôle bancaire, *Convergence internationale de la mesure et des normes de fonds propres*, juin 2006, *op.cit.*, paragraphe 678 ; Voir également art. 371-1 de l'arrêté du 20 février 2007, précité.

⁵⁸⁷ Art 323 du règlement européen n° 575/2013, précité : « 1. Les autorités compétentes autorisent les établissements à prendre en considération l'impact d'une assurance dans le respect des conditions fixées aux paragraphes 2 à 5, ainsi que d'autres mécanismes de transfert de risque lorsque l'établissement peut apporter la preuve d'un effet notable d'atténuation des risques.

2. Le fournisseur d'assurance est agréé pour fournir des produits d'assurance ou de réassurance et faire l'objet de la part d'un OEEC, pour sa capacité de règlement des sinistres, de la notation minimale que l'ABE associe à une qualité de crédit d'échelon 3 ou supérieur en application des règles relatives à la pondération des expositions pour les établissements conformément au titre II, chapitre 2.

3. L'assurance et le cadre de l'assurance des établissements remplissent les conditions suivantes:

a) le contrat d'assurance a une durée initiale au moins égale à un an. Pour les contrats dont la durée résiduelle est inférieure à un an, l'établissement applique une décote appropriée reflétant la diminution progressive de cette durée et allant jusqu'à une décote de 100 % pour les contrats dont la durée résiduelle est de 90 jours ou moins;

b) le contrat d'assurance est assorti d'un délai de préavis pour résiliation de 90 jours au minimum;

c) le contrat d'assurance ne comporte ni exclusion ni limitation liée à une intervention des autorités de surveillance ou empêchant, en cas d'insolvabilité de l'établissement, l'administrateur judiciaire ou le liquidateur dudit établissement d'obtenir réparation des dommages subis ou des frais engagés par l'établissement, sauf événements survenant après l'engagement d'une procédure de mise sous administration judiciaire ou de liquidation à l'encontre de l'établissement. Cependant, le contrat d'assurance peut exclure toute amende, toute pénalité et tout dommage-intérêt punitif résultat d'une action des autorités compétentes;

d) le calcul des effets de l'atténuation du risque tient compte de la couverture d'assurance d'une façon à la fois transparente et cohérente quant à la probabilité réelle et à l'impact des pertes servant au calcul général de l'exigence de fonds propres pour risque opérationnel;

e) l'assurance est fournie par une entité tierce. Lorsque l'assurance est fournie par une société captive ou une filiale, l'exposition doit être transférée à une entité tierce indépendante satisfaisant aux critères d'éligibilité exposés au paragraphe 2;

f) le dispositif de prise en compte de l'assurance est dûment justifié et est consigné par écrit.

C. La gestion des risques opérationnels

316. Gestion des risques. Une fois mises en place les premières deux phases de connaissance et de traitement des risques, il convient de passer à l'étape suivante qui consiste dans la gestion quotidienne des risques opérationnels. Cette dernière étape est l'aboutissement logique des deux premières, car il est inutile de cartographier, évaluer et définir des contrôles sans mettre en place une politique de gestion qui sert à maîtriser et améliorer le profil des risques.

1. Le suivi et le traitement des informations

317. Suivi et traitement des indicateurs. La gestion consiste essentiellement dans le suivi et le traitement des informations et des indicateurs de risque définis pour chaque filière métier et fonction de la banque.

Concernant le rôle des indicateurs, on observe tout d'abord qu'ils fournissent une image concrète de l'évolution des risques en général : le nombre des incidents, leurs conséquences, leur fréquence, les processus et les causes concernées. Ensuite, ils peuvent anticiper une dégradation progressive dans un secteur d'activité. Par ailleurs, il est également intéressant de noter que les indicateurs peuvent jouer un rôle préventif, lorsqu'ils montrent un niveau de risque potentiel critique (une accumulation des dossiers, des retards, une accumulation des réclamations sur un sujet précis, etc.). En revanche, l'indicateur en soi ne vaut rien sans la fixation d'un niveau d'alerte à partir d'un certain seuil. Dans ce contexte il est essentiel d'avoir mis en place une base de données fiable et des tableaux de bord des risques opérationnels qui reposent sur un nombre limité d'informations, jugées pertinentes dans un but d'aide à la prise de décision.

318. Procédures internes. Un autre volet de la gestion des risques est représenté par un travail constant de rédaction et mise à jour des procédures internes. L'article 40 du règlement CRBF 97-02 consacre l'obligation des banques d'élaborer et mettre à jour des manuels de procédures relatives aux risques opérationnels. Si la dénomination des documents n'a pas retenu l'attention du législateur (pouvant s'agir de chartes, lignes directrices, circulaires internes, procédures internes, fiches de rappel, etc.) en revanche, la loi impose que ces documents décrivent les modalités d'enregistrement, de traitement et de restitution des

4. La méthodologie de prise en compte de l'assurance reflète l'ensemble des éléments suivants, via des réductions ou décotes appliquées au montant pris en compte au titre de l'assurance:

- a) la durée résiduelle du contrat d'assurance lorsque celle-ci est inférieure à un an;*
- b) les conditions de résiliation du contrat d'assurance, lorsqu'une durée inférieure à un an est prévue;*
- c) l'incertitude des paiements, ainsi que l'asymétrie des couvertures des contrats d'assurance.*

5. La réduction d'exigence de fonds propres résultant de la prise en compte des assurances et d'autres mécanismes de transfert de risque ne doit pas dépasser 20 % de l'exigence de fonds propres pour risque opérationnel avant prise en compte des techniques d'atténuation du risque ».

informations concernant les incidents et les indicateurs de risque, les schémas comptables et les procédures d'engagement des opérations.

Concomitamment, les banques doivent veiller à élaborer et maintenir à jour une documentation concernant les moyens destinés à assurer le bon fonctionnement du contrôle interne, notamment : les différents niveaux de responsabilité, les acteurs impliqués et leurs attributions, les moyens affectés, les règles qui assurent l'indépendance de ces dispositifs.

Au terme de ce même article, les établissements de crédit sont tenus de rédiger des procédures relatives à: la sécurité des systèmes d'information et de communication et aux plans de continuité de l'activité, la mesure, la limitation et la surveillance des risques et le mode d'organisation du dispositif de contrôle de la conformité.

Une autre condition imposée par la loi est la disponibilité de la documentation. Celle-ci doit pouvoir être mise à la disposition de l'organe exécutif, de l'organe délibérant, des commissaires aux comptes et du secrétariat général de l'Autorité de contrôle prudentiel ainsi que, le cas échéant, du comité d'audit et de l'organe central.

2. Définition des niveaux de risques acceptés

319. Une limite globale. En matière de management des risques, tout comme dans l'administration des affaires courantes familiales, il est important de fixer le niveau maximum de risque accepté. Par conséquent, « *une limite globale sera fixée ainsi que des limites par type de risque, le tout en tenant compte des fonds propres que l'on souhaite affecter à ce compartiment des risques* ». La limite est fixée sur la base des analyses de risque (qualitatives et quantitatives) qui ont identifié et évalué les événements à redouter de chaque métier.

320. Solutions possibles. Il est utile de souligner qu'en définitive la banque peut recourir à trois solutions possibles : elle peut accepter et donc conserver des risques qu'elle doit couvrir avec des fonds propres, elle peut opter pour assurer une partie de ses risques ou elle peut transférer certains risques à une contrepartie.

3. Mise en œuvre des plans d'action et des plans de continuité d'activité

321. Plan d'actions. Une fois répertoriés tous les besoins d'amélioration des processus et des moyens, il convient de définir des procédures pour prendre les mesures correctrices nécessaires afin de réduire la fréquence ou l'impact de la concrétisation des risques opérationnels. Dans ce contexte il s'agit souvent de concevoir des plans d'action qui vont préciser les mesures retenues, les responsabilités concernant leur implantation et les délais de mise en place. Ces plans d'action doivent être surveillés pour constater s'ils produisent l'effet escompté.

322. Plan de continuité de l'activité. Etant donné que le risque opérationnel ne se résume pas aux fraudes et aux erreurs humaines, et qu'il est provoqué également par des catastrophes telles que les attentats du 11 septembre 2001, le tremblement de terre au Japon en 2011 ou encore les craintes d'une épidémie / pandémie, mais aussi par une panne électrique nationale, un sabotage informatique..., la continuité des activités est un élément majeur du dispositif de gestion des risques opérationnel. L'article 4 du règlement CRBF 97-02 définit le plan de continuité de l'activité comme étant « *l'ensemble de mesures visant à assurer, selon divers scénarios de crises, y compris face à des chocs extrêmes, le maintien, le cas échéant de façon temporaire selon un mode dégradé, des prestations de services ou d'autres tâches opérationnelles essentielles ou importantes de l'entreprise puis la reprise planifiée des activités* ».

Par conséquent, assurer la continuité des activités consiste à prévoir des mesures pour assurer un niveau de service nécessaire au fonctionnement de la banque en cas de réalisation des scénarios de risque opérationnel d'une gravité exceptionnelle. Dans cette approche « catastrophe », les données externes sont essentielles.

CONCLUSION DE LA SECTION I

323. Présentation des concepts fondateurs de l'analyse des risques inspirée par la théorie du *risk management*. Dans cette section nous avons vu les concepts fondateurs de l'analyse des risques opérationnels. Le graphique suivant met en lumière la méthodologie générale de la gestion des risques, présentant l'interconnexion qui existe entre les notions de causes, effets, fréquences, conséquences et les risques fréquents et extrêmes.

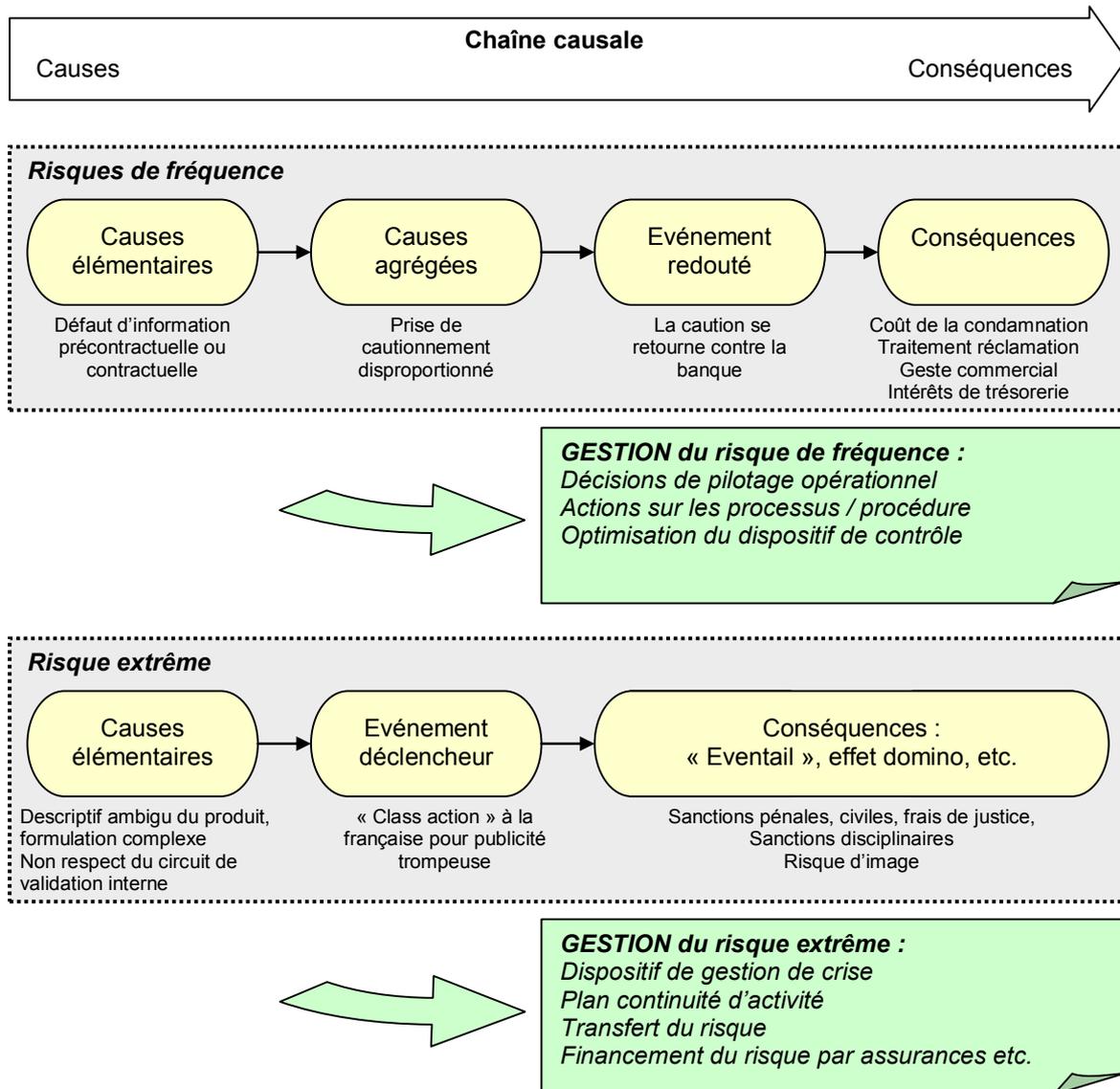


Figure n° 11 : Méthodologie générale de la gestion des risques opérationnels

Notre travail n'a pas la prétention de donner les réponses à toutes les problématiques posées par l'analyse des risques. Il s'est proposé d'introduire la méthodologie générale de gestion des risques pour servir à l'analyse de risque juridique bancaire, composante essentielle, expressément prévue par le législateur, du risque opérationnel (section II).

Section II: Application de la méthodologie générale de la gestion des risques au cas du risque juridique bancaire

324. Application des concepts du *risk management* aux risques juridiques. Nous verrons que la théorie économique présentée dans la section précédente est applicable en matière de gestion des risques juridiques bancaires. Forts des informations déjà présentées en matière de concepts fondateurs du risque opérationnel, il ne s'agit plus que d'appliquer ces principes au risque juridique proprement-dit, en mettant en exergue ses caractéristiques. Cette partie de la thèse sera synthétique, puisqu'elle fera constamment référence aux sections précédentes pour éviter le risque de redondance. Si nécessaire nous rappellerons brièvement le contenu de certaines notions, mais l'effort sera concentré sur la mise en évidence des risques juridiques.

325. Annonce du plan. Nous suivrons globalement la démarche spécifique du management des risques en traitant de l'identification (§1) et de l'évaluation (§2) des risques juridiques⁵⁸⁸.

§1. L'identification du risque juridique bancaire

326. Identification des risques juridiques et correspondance avec la segmentation imposée par le régulateur. A l'instar du management des risques opérationnels, toute analyse du risque juridique doit démarrer avec une étape dite « la connaissance du risque ». Il s'agit d'identifier d'une manière exhaustive les risques de nature juridique de tous les métiers et fonctions d'une banque à partir de la segmentation imposée par le régulateur en 8 lignes métiers et 7 catégories d'événements représentatives de l'ensemble des activités⁵⁸⁹. Vu que la cartographie et le lien avec la trame prédéfinie par le Comité de Bâle sont obligatoires au titre de la loi, les juristes seront tenus tout d'abord de délimiter le périmètre des risques juridiques en adoptant une définition propre à la politique de l'établissement et ensuite de procéder à l'identification, mais également à la correspondance avec les lignes d'activités et les catégories de risques visés par l'Accord de Bâle.

Dans cette section nous allons rappeler brièvement la définition du risque juridique pour ensuite présenter les caractéristiques de la cartographie et de la collecte de données en matière juridique.

⁵⁸⁸ Les autres deux phases de la méthode d'analyse des risques (le traitement et la gestion) seront analysées dans la deuxième partie de la thèse, après avoir présenté les risques de la mise en cause de la responsabilité des banques pour manquement aux obligations d'information, de mise en garde et de conseil à l'égard de leurs clients.

⁵⁸⁹ Voir *supra* n° 279 et 280 ; Voir *infra* n° 341 et ss.

A. La cartographie du risque juridique bancaire

327. Obligation légale de cartographier l'ensemble des risques encourus. La cartographie est un recensement des principaux risques juridiques potentiels et avérés de la banque. Comme nous l'avons précisé, la loi impose l'obligation de cartographier le risque bancaire opérationnel dans le but de procéder au calcul des fonds propres d'une banque. Etant donné que le risque juridique est une composante majeure du risque opérationnel, cette obligation le concerne également. Ainsi l'article 17 ter du règlement 97-02 prévoit que : « *Les systèmes et procédures doivent permettre aux établissements de disposer d'une cartographie qui identifie et évalue les risques encourus au regard de facteurs internes et (notamment la complexité de l'organisation, la nature des activités exercées, le professionnalisme des personnels et la qualité des systèmes) et externes (notamment les conditions économique et les évolutions réglementaires).* Cette cartographie :

- a) *Prend en compte l'ensemble des risques encourus ;*
- b) *Est établie par entité et/ou ligne de métier, au niveau auquel est exercée, le cas échéant, la surveillance consolidée ou complémentaire*
- c) *Evalue l'adéquation des risques encourus par rapport aux orientations de l'activité*
- d) *Identifie les actions en vue de maîtriser les risques encourus, par :*
 - *le renforcement des dispositifs de contrôle permanent*
 - *la mise en œuvre des systèmes de surveillance et de maîtrise des risques définis au titre V*
 - *la définition des plans de continuité de l'activité prévus à l'article 14-1 »*

Le périmètre de la cartographie dépendra en effet de la définition du concept du « risque juridique » qui peut varier d'un établissement à l'autre.

1. La définition du risque juridique bancaire

Forts des réflexions faites dans le chapitre dédié aux approches et à l'approfondissement de la notion de risque, nous rappelons que le risque juridique bancaire a été défini d'une part par le régulateur international et national et d'autre part par la littérature spécialisée.

328. Définition réglementaire. Le règlement CRBF 97-02 définit à l'article 4 (k) le risque juridique comme étant « *le risque de tout litige avec une contrepartie, résultant de toute imprécision, lacune ou insuffisance susceptible d'être imputable à l'entreprise au titre de ses opérations* ».

329. Diverses définitions dans la littérature spécialisée. Devant l'omniprésence incontestable du risque juridique qui imprègne pratiquement toutes les domaines de l'activité bancaire, mais également les conditions de l'existence même de l'établissement, la doctrine a essayé de donner une définition plus large. Ainsi, pour M. Ch. Collard le « *risque juridique résulte de la conjonction d'une norme juridique et d'un événement, l'un et l'autre étant marqué(s) par un certain degré d'incertitude. Cette rencontre entre une norme juridique et un événement dans un contexte d'incertitude va générer des conséquences susceptibles d'affecter la valeur de l'entreprise* ⁵⁹⁰ ». M. Frank Verdun qui a consacré une étude à ce sujet définit le risque juridique comme étant « *le résultat de la rencontre (ou de la conjonction) d'une norme juridique et d'un événement, à l'origine de conséquences mesurables* », qui peuvent être à la fois négatives ou positives ⁵⁹¹.

330. Notre approche. L'application des définitions de la doctrine s'avère extrêmement compliquée sur le terrain de l'analyse de risque bancaire aux fins du calcul de l'exigence de fonds propres au titre de risque opérationnel. Sans contester l'apport de la doctrine à la définition de cette notion aux contours flous qu'est le risque juridique, nous considérons toutefois que, pour procéder à une analyse du risque juridique bancaire, il convient de partir de la définition légale, à laquelle il faut rajouter quelques précisions supplémentaires. Ainsi, tout d'abord, il est multidimensionnel, diffus et à géométrie variable. Ensuite, il faut rappeler qu'il ne peut pas être limité uniquement aux conséquences du non-respect des dispositions législatives par le banquier car, il couvre également les situations d'incertitude issues soit de la loi elle-même, soit des revirements jurisprudentiels, soit d'une veille législative et réglementaire défailante, soit encore d'une mauvaise interprétation de la loi. Enfin, nous avons vu que le risque juridique peut résulter à la fois de la défaillance d'un processus relevant de la fonction juridique et de la défaillance des processus spécifiques aux métiers bancaires, mais ayant des effets juridiques.

Il s'ensuit qu'en tant que composante majeure du risque opérationnel, il correspond au risque de perte et/ou de manque à gagner résultant, soit d'un processus juridique interne inadéquat, inopportun ou défailant, soit d'un autre processus interne ayant des effets juridiques, soit encore d'événements extérieurs tels que l'excès, l'insuffisance, l'ambiguïté de la loi ou les revirements jurisprudentiels défavorables. Il comprend dès lors l'exposition, d'une part, à des contestations de la part de la clientèle aux termes des transactions privées et, d'autre part, à des sanctions pénales, administratives, disciplinaires et pécuniaires pour des carences en matière législatives ou réglementaire. En revanche, la définition du risque opérationnel fournie par le Comité de Bâle ⁵⁹² et reprise par l'article 4 (54) du règlement européen « CRR » exclut les risques stratégiques et de réputation.

⁵⁹⁰ CH. COLLARD, C. DELHAYE, H.-B. LOOSDREGT et al., *op. cit.*, p. 41 ; Voir également CH. COLLARD, « Le risque juridique existe-t-il ? Contribution à la définition du risque juridique », *op. cit.* ; CH. COLLARD, C. ROQUILLY, *op. cit.* ; La définition donnée par CH. COLLARD est également retenue dans son analyse par J.-M. DAUNIZEAU ET M. LEIMBACH, *Contrôle des risques : mieux comprendre les fonctions juridiques et de conformité*, *op. cit.*, p. 17.

⁵⁹¹ F. VERDUN, *La gestion des risques juridiques*, *op.cit.*

⁵⁹² Voir le paragraphe 644 de l'Accord de Bâle II, précité. « *Le risque opérationnel se définit comme le risque de pertes résultant de carences ou de défauts attribuables à des procédures, personnels et systèmes internes ou à*

Il peut prendre la forme d'un risque légal ou réglementaire (mauvaise interprétation et/ou application de la loi, revirement jurisprudentiel), contractuel (incapacité à défendre ses intérêts dans les contrats qu'elle négocie) contentieux (défaillance dans les procédures ou frais de justice supérieurs à un seuil défini par la banque et validé par l'autorité de contrôle compétente).

Présentons désormais la typologie des risques juridiques bancaires.

2. La typologie des risques juridiques bancaires

331. Trois types. Dans notre acception, qui est sensiblement plus large que celle retenue par législateur, mais qui se veut plus en mesure de répondre aux fins du calcul du capital réglementaire d'une banque au titre de son risque opérationnel, un incident de risque opérationnel est de nature juridique dans trois hypothèses. Ces trois hypothèses sont le résultat de l'application des approches différentes : une approche centrée sur les causes et le propriétaire du risque, une approche qui vise seulement la cause externe et une approche centrée sur les effets.

a) Un incident de risque opérationnel bancaire est de nature juridique lorsqu'un processus juridique est inadéquat ou défaillant.

332. Processus juridique inadéquat ou défaillant. Par « processus juridique » nous entendons l'ensemble d'activités et compétences attribuées à la fonction juridique. Dans cette classification, le critère qui détermine la qualification de l'incident consiste dans la cause de l'incident.

333. Illustrations. Quelques illustrations de défaillance dans le processus juridique proprement-dit seraient : le non-respect des obligations réglementaires en matière de voie d'exécution (absence de réponse, retard, etc.), une veille législative et jurisprudentielle défaillante (ne pas collecter ou ne pas diffuser les informations), le non-respect de l'obligation de s'assurer du respect et de la conformité des montages, actes et produits aux normes juridiques en vigueur, le non-acheminement des actes introductifs d'instance ou des actes extra-judiciaires (assignation, appel), etc. Le périmètre est vaste et s'établit en fonction des compétences allouées à la fonction juridique.

des événements extérieurs. La définition inclut le risque juridique, mais exclut les risques stratégiques et de réputation. ».

b) Un incident de risque opérationnel bancaire est de nature juridique lorsqu'il résulte des facteurs d'insécurité provenant de la loi ou des revirements jurisprudentiels

334. Hypothèses. En ce qui concerne les causes externes, le risque juridique peut résulter d'une incertitude de la norme juridique ou de la jurisprudence. Dans ce cas on ne peut plus imputer le risque à l'activité proprement-dite des juristes. Cela étant, les causes restent de nature juridique. Il y a deux hypothèses classiques d'incertitude juridique : les pertes sont provoquées soit par l'excès, l'insuffisance ou l'ambiguïté d'une loi soit par un revirement jurisprudentiel⁵⁹³.

335. Un constat amer. Il convient de rappeler que le Conseil d'État dans son Rapport pour l'année 2006 constatait que « *Pour respecter la loi, il faut la connaître. Pour la connaître, il faut qu'elle soit claire et stable. Or, et ce constat est préoccupant, nombre de nos lois ne sont ni claires ni stables. La France légifère trop et légifère mal*⁵⁹⁴ ». Par conséquent, l'incertitude juridique résulterait principalement de la prolifération de la règle de droit dans le domaine bancaire.

336. Illustration. Une illustration d'actualité d'un revirement jurisprudentiel entraînant des pertes significatives est l'affaire opposant l'association de consommateurs UFC Que Choisir et la CNP prévoyance, la Caisse d'épargne et de prévoyance ainsi que Cofidis devant le Conseil d'Etat⁵⁹⁵. L'association « UFC-Que choisir » a demandé au Conseil d'Etat d'apprécier la légalité de l'article A. 331-3 du Code des assurances, dans sa rédaction antérieure à celle issue de l'arrêté du 23 avril 2007, résultant des arrêtés des 8 août 1994 et 23 octobre 1995, et de déclarer que cet article est entaché d'illégalité. Le Conseil d'Etat a jugé le 23 juillet 2012 que l'association « UFC-Que choisir » est fondée à soutenir que l'article A. 331-3 du Code des assurances, dans sa rédaction antérieure à celle issue de l'arrêté du 23 avril 2007, est entaché d'illégalité. Ce revirement de jurisprudence ouvre la voie à l'application de la loi sur la redistribution aux assurés des « bénéfiques techniques et financiers » des contrats d'assurance-emprunteur, entraînant des pertes importantes pour les banques. Aux termes de la loi, les assureurs auraient dû reverser à la fin du contrat les surprimes d'assurance qui n'ont pas servi à couvrir la réalisation des risques. Les montants en question s'élèveraient selon l'association

⁵⁹³ E. BARADUC, *Le traitement juridique et judiciaire de l'incertitude, op.cit.*, spécialement pp. 5 à 49

⁵⁹⁴ Conseil d'État, *Rapport public* 2006, Sécurité juridique et complexité du droit, p. 9.

⁵⁹⁵ CE, décision du 23 juillet 2012, N° 353885, ECLI:FR:CESJS:2012:353885.20120723, Inédit au *recueil Lebon* ; Aux termes de l'art. L. 331-3 du code des assurances : " *Les entreprises d'assurance sur la vie ou de capitalisation doivent faire participer les assurés aux bénéfiques techniques et financiers qu'elles réalisent, dans les conditions fixées par arrêté du ministre de l'économie et des finances* ". Aux termes de l'art. A. 331-3 du même code, dans sa rédaction antérieure à l'arrêté du 23 avril 2007 : " *La participation aux bénéfiques techniques et financiers des entreprises pratiquant des opérations mentionnées au 1° de l'art. L. 310-1 s'effectue dans les conditions fixées à la présente section. / Le montant minimal de cette participation est déterminé globalement pour les contrats individuels et collectifs de toute nature souscrits sur le territoire de la République française, à l'exception des contrats collectifs en cas de décès. Les art. A. 331-3 à A. 331-8 ne s'appliquent pas aux contrats à capital variable* ".

UFC-Que choisir à environ 16 milliards d'euros (11.5 milliards pour les prêts immobiliers entre 1996 et 2005 et 4.5 milliards pour les crédits consommation entre 1997 et 2007)⁵⁹⁶.

c) Le risque juridique résulte de la défaillance d'un processus « métier » ayant des effets juridiques

337. Une approche visant les effets juridiques d'amplitude. Il s'agit d'une catégorie extrêmement large, car le plus souvent un litige (réclamation, procès) résulte d'une défaillance interne qui n'est pas du ressort des affaires juridiques. Ainsi il faut opérer une distinction très claire entre les raisons invoquées par le client et les causes internes ayant conduit au problème reproché. Le plus souvent la défaillance est localisée dans les processus d'un métier (titre, financement des particuliers, chèques, monétique, etc.) : un retard d'exécution d'ordre, une erreur dans l'exécution. A la base de ces incidents se trouvent souvent des défaillances techniques. Du point de vue de la fonction juridique, les procédures étaient à jour, les collaborateurs étaient parfaitement informés et formés, et, par conséquent il n'y a pas eu une défaillance d'un processus juridique. Cependant, il faut bien admettre que ces causes étrangères au processus juridiques proprement-dit entraînent des effets juridiques. L'incident peut impliquer des frais judiciaires importants. Lorsqu'on envisage les risques juridiques dans une approche centrée sur les effets, il convient de distinguer les métiers ou les fonctions impliquées des métiers/fonctions affectées.

338. Une définition qui dépend de la politique interne des établissements. Il revient à chaque établissement de fixer un certain seuil minimal à partir duquel l'incident peut être considéré comme étant juridique. Par exemple, pour des frais de justice supérieurs à 10 000 euros on dira que le risque est de nature « juridique ». Dans cette catégorie on retrouve ainsi le risque juridique « contentieux », peu importe qu'il s'agisse d'un accord à l'amiable ou d'un procès. Tout dépendra de la politique interne de la banque qui établira les frontières entre les différents types d'incidents, en établissant des seuils ou d'autres règles d'attribution. Il est tout à fait envisageable de considérer que toute *action collective* contre la banque, même si la cause en interne ne peut pas être imputée à la défaillance d'un processus juridique, soit qualifiée de risque juridique. Admettons que l'on conteste une formule de calcul qui s'avère effectivement erronée, résultant d'un problème de logiciel ou de saisie dans le logiciel, l'incident n'est pas juridique dans une approche « causes », mais il peut l'être dans une approche « effets ».

339. Une définition qui correspond à la vision du législateur. Cette approche est cohérente avec le raisonnement du régulateur pour lequel le risque juridique est un litige résultant de « toute imprécision, lacune ou insuffisance susceptible d'être imputable à l'entreprise au titre

⁵⁹⁶ Source : site internet UFC-Que choisir : <http://www.quechoisir.org/argent-assurance/banque-credit/communique-assurance-emprunteur-les-assureurs-n-ont-assurement-plus-le-benefice-du-doute-les-16-milliards-indument-verses-aux-banquiers-doivent-etre-rendus-aux-consommateurs> (page consultée le 2 septembre 2012).

de ses opérations »⁵⁹⁷. La loi ne distingue pas selon le propriétaire du processus. Pour le législateur, tout litige au titre des activités de la banque a vocation à être qualifié comme incident juridique.

3. *Ventilation entre lignes de métier et classification des événements générateurs du risque juridique*

340. Cartographie et lien avec la nomenclature prédéfinie par le Comité de Bâle (ou « mapping »). La cartographie des risques juridiques doit être une représentation compréhensible et partageable au sein de l'entreprise. Dès lors, il faut cartographier les risques juridiques en prenant en compte deux nomenclatures édictées par le Comité de Bâle et reprises par le législateur européen⁵⁹⁸ : la nomenclature des métiers et celle des événements à risques⁵⁹⁹. Cette trame d'analyse doit être adoptée par les juristes d'entreprise même s'ils ne sont pas habitués à ce type de raisonnement. Le juriste spécialisé en droit bancaire pense plutôt en termes d'obligations et de responsabilités du banquier en fonction de chaque activité. A titre d'exemple, le juriste réfléchit à la responsabilité du banquier, en la déclinant en responsabilité liée au refus ou à la rupture de crédit, responsabilité pour crédit inconsidéré, responsabilité pour manquement aux obligations professionnelles en la matière (manquement à l'obligation de respecter le formalisme imposé, à celles de sécurité, de surveillance, d'exécuter l'ordre, de restituer les valeurs déposées, à l'obligation d'information, de mise en garde, de conseil, de secret professionnel, aux obligations exceptionnelles imposées par la volonté des parties ou par celle du législateur), responsabilité en matière de conflits d'intérêts, mauvaise foi et abus, responsabilité pénale, responsabilité disciplinaire et pécuniaire.

La finalité de cette obligation légale de correspondance des classifications selon les métiers et les principaux événements à risque est de faciliter le contrôle interne et celui des autorités de tutelle.

- a) Les risques sont cartographiés en prenant en compte une liste préétablie des métiers bancaires

341. Des risques rattachés aux métiers visés par le régulateur. Les risques juridiques seront cartographiés et rattachés à la nomenclature de métiers indiquée par le Comité de Bâle (annexe 8 intitulée « Ventilation entre lignes de métier ») Nous donnons ci-dessous un exemple de ce qui pourrait être retenu comme lignes métiers dans la vision bâloise :

⁵⁹⁷ Voir *supra* n° 328.

⁵⁹⁸ Voir en ce sens le principe applicable à la mise en correspondance entre les activités exercées et les lignes métier énoncés à l'art. 318 du règlement « CRR » du 26 juin 2013, précité ; et l'art. 362-1 de l'arrêté du 20 février 2007 précité.

⁵⁹⁹ Annexe IV de l'arrêté du 20 février 2007 précité.

Ventilation entre lignes de métier		
Niveau 1	Niveau 2	Groupes d'activité
Financement des entreprises	Financement collectivités locales/administrations publiques	Fusions-acquisitions, engagement, privatisations, titrisation, recherche, titres de dette (État, haut rendement), actions, prêts, introductions en bourse, placements sur le marché secondaire.
	Banque d'affaires	
	Financement d'entreprise	
	Service-conseil	
Activités de marché	Vente	Valeurs à revenu fixe, actions, changes, produits de base, crédit, financement, titres pour compte propre, prêts et pensions, courtage, titres de dette, courtage financier.
	Tenue de marché	
	Prise de positions pour compte propre	
	Trésorerie	
Banque de détail	Banque de détail	Prêts et dépôts, services bancaires, fiducie et gestion de patrimoine.
	Banque privée	Prêts et dépôts, services bancaires, fiducie et gestion de patrimoine, conseil en placement.
	Cartes	Cartes de débit/de crédit, cartes d'entreprise privées

Tableau n° 2 : Exemple de rattachement des risques aux métiers visés par le régulateur

- b) Les risques juridiques seront cartographiés en se rapportant aux catégories de risques génériques indiqués par le régulateur

342. Risques rattachés aux événements générateurs de pertes opérationnelles visées par le régulateur. Lorsqu'on réalise une cartographie des risques juridiques, il est nécessaire de toujours se rapporter aux sept grandes catégories des événements générateurs de pertes opérationnelles définis par le Comité de Bâle et qui sont associés à chaque métier. (Annexe 8 intitulée « Classification détaillée des événements générateurs de pertes opérationnelles »). Par conséquent, la cartographie ne doit pas être fondée sur une approche trop « taillée » pour les juristes, en classifiant par exemple les risques selon les branches de droit⁶⁰⁰, car « une approche uniquement guidée par la rhétorique juridique présente l'inconvénient de ne pas

⁶⁰⁰ CH. COLLARD, C. DELHAYE, H.-B. LOOSDREGT et al., *op. cit.*, p. 59.

répondre aux besoins des autres acteurs de l'entreprise.»⁶⁰¹. La nomenclature des événements générateurs de pertes opérationnelles comporte deux niveaux. Le troisième niveau sera celui des risques identifiés par chaque établissement. Le tableau ci-dessous en donne l'illustration :

La cohérence de la cartographie interne des risques juridiques avec la typologie des risques définis par Bâle II		
Nomenclature Bâle niveau I	Nomenclature Bâle niveau II	Exemples nomenclature interne niveau III
Clients, produits et pratiques commerciales	Conformité, diffusion d'information et devoir fiduciaire	Non-respect des procédures établies Devoir d'information, conseil, mise en garde Violation du devoir de confidentialité Atteinte à la vie privée Pratiques de vente agressives Opérations fictives Utilisation abusive d'informations confidentielles Responsabilité du prêteur
	Pratiques commerciales/de marché incorrectes	Pratiques incorrectes Manipulation du marché Délit d'initié (au nom d'une entreprise) Activité non conforme à l'agrément Blanchiment d'argent
	Défauts d'un produit	Vices de conception ou non-respect des contraintes administratives ou commerciales (absence d'autorisation, etc.) Erreurs de modélisation
	Sélection, promotion et exposition au risque	Insuffisance de l'analyse clientèle
	Services de conseil	Litiges concernant la qualité des prestations de conseil

Tableau n° 3. La cohérence de la cartographie interne des risques juridiques avec la typologie des risques définis par Bâle II

343. Illustration. En suivant ce raisonnement, le juriste sera amené à identifier les risques juridiques liés aux grandes catégories des risques opérationnels. A titre d'exemple :

- Au risque de fraude externe, il faut rattacher le risque pénal entraîné par la fraude des clients (litige pour fraude externe afin de récupérer l'argent soustrait par des moyens frauduleux) ;
- Quant à la fraude interne, il faut prendre en compte les litiges impliquant les employés de la banque (risque contentieux pénal) ;
- En ce qui concerne la catégorie très large des risques liés à l'insuffisance des pratiques internes concernant les ressources humaines et la sécurité au lieu de travail, les juristes

⁶⁰¹ *Ibidem.*

rattacheront les risques de litiges avec les employés (litiges relevant de droit du travail, discrimination à l'embauche, rupture abusive des contrats de travail, etc.) ;

- Aux risques concernant les règles clients, produits et pratiques commerciales, les juristes rattacheront les risques de mise en cause de la responsabilité de la banque pour défaut d'information, de mise en garde et de conseil, la rupture abusive de crédit, le cautionnement disproportionné, etc. ;
- A la catégorie des risques concernant les dommages aux actifs corporels, les juristes rattacheront le risque de contentieux.

B. La collecte des données internes et externes

344. Importance. L'importance de la collecte des incidents avérés résulte en effet de la manière de calculer le capital réglementaire. Celui-ci doit prendre en compte uniquement les incidents potentiels (les pertes inattendues) qui sont construits à partir des cas avérés, à la fois internes et externes.

345. La mesure du risque opérationnel exige la collecte des incidents juridiques. Il convient de souligner que c'est l'adoption de l'approche par mesure avancée qui, aux termes de l'article 322 du règlement européen « CRR », implique l'obligation de collecter les incidents internes et externes de nature juridique. Sans reprendre toutes les considérations déjà énoncées en matière de collecte des risques opérationnels, nous nous contenterons d'indiquer uniquement les particularités en matière de risques juridiques.

1. Les données internes

346. Identification et remontée des incidents avérés internes. La détection des incidents juridiques devrait être de la responsabilité de tous les juristes. Ils devraient être formés et sensibilisés aux notions de « risque ». Concomitamment, tous les collaborateurs de l'établissement doivent signaler, selon les procédures internes de chaque établissement, les incidents dont ils ont connaissance. A cet effet, les banques devraient être dotées de procédures permettant la remontée des dysfonctionnements à la fois envers la fonction juridique et les responsables de risque opérationnel⁶⁰². La fonction juridique devrait être tenue informée de toutes les réclamations émanant des clients et présentant un risque juridique. La connaissance des incidents juridiques avérés permettra la comparaison entre les incidents

⁶⁰² Dans l'hypothèse des pressions sur l'employé ou d'autres obstacles (par exemple l'absence de réponse de la part des responsables), un salarié devrait avoir la possibilité d'utiliser une procédure dite d'alerte qui mettrait en place un dispositif de remontée des incidents en respectant des principes de confidentialité, ou en tout sans s'exposer vis-à-vis d'une hiérarchie éventuellement soupçonnée de fermer les yeux. Dans le domaine bancaire, à cet effet il est prévu un dispositif dit de « whistleblowing » qui signifie littéralement « donner un coup de sifflet » et qui a été traduit par « dispositifs d'alerte professionnelle ». La forme d'alerte classique dans le domaine bancaire concerne la déclaration de soupçon, instaurée en matière de lutte contre le blanchiment d'argent, financement de terrorisme, abus de marché et affaires de corruption.

réellement survenus et ceux potentiels, comparaison nécessaire notamment dans la détermination de la fréquence et de la gravité, mais également pour la mise en évidence des risques non couverts par les incidents potentiels analysés, mais représentés par des incidents historiques internes ou externes. Etant donné que ce sont seulement les incidents potentiels qui entrent dans le calcul du capital d'une banque, cette correspondance entre la réalité et « le monde des incertitudes » est essentielle pour ne pas fausser la représentation du risque.

347. Analyse des cas avérés. L'analyse des incidents historiques de nature juridique se fait à la fois par les opérationnels et les juristes qui doivent être consultés par les filières métiers. Pour les opérationnels, il s'agit tout d'abord d'observer et de noter systématiquement tout ce qu'ils constatent pouvoir porter un risque juridique durant l'accomplissement de leur tâches. Les contacts et les entretiens avec les opérationnels permettent aux analystes de risques de déceler les anomalies et les risques potentiels engendrés par les pratiques courantes. Le retour d'expérience est très important et peut éclairer le *risk manager* sur l'univers de risques. Cela suppose notamment de recenser les faits qui présentent un caractère inhabituel par rapport au déroulement normal de l'activité, puis ceux qui présentent un caractère permanent et contribuent ainsi à la genèse de l'incident avec le concours des faits inhabituels. Le plus souvent l'analyste de risque sera amené à constituer un arbre de causes illustrant l'enchaînement des causes qui ont concouru à l'apparition de l'incident avéré pour ensuite l'appliquer au risque potentiel.

348. Saisie des cas avérés. Les incidents avérés doivent être enregistrés dans une base de données distincte de celle qui réunit les incidents potentiels. La saisie des incidents juridiques reviendra le plus probablement à des équipes opérationnelles qui ont en charge d'enrichir la base de données enregistrant les données internes relevant des risques opérationnels. Chaque incident devra être rattaché à un processus, avoir une description minimale (contexte, faits, causes, montants du préjudice, procédure).

349. Seuils de déclaration dans les bases de données. En ce qui concerne les seuils de déclaration, l'idéal serait de remonter et saisir dans la base de données interne tous les incidents juridiques, sans imposer un seuil minimal de déclaration. Le fait d'imposer un seuil de déclaration trop élevé finit par fausser les statistiques en montrant plutôt des risques juridiques à fort impact et faible fréquence, alors qu'en réalité les établissements sont plutôt confrontés à la situation inverse.

350. Validation des incidents juridiques internes. L'incident une fois saisi devra être validé. La validation devra se faire au moins à deux niveaux : au niveau de l'entité ayant découvert (qui coïncide le plus probablement avec la ligne métier impliquée dans la défaillance) et au niveau du métier/fonction impacté financièrement par la défaillance. Par conséquent, en matière des incidents juridiques, la validation impliquera forcément la fonction juridique, comme fonction soit impliquée, soit affectée.

2. *Les données externes*

351. Une tâche difficile. Comme nous l'avons montré dans la présentation dédiée aux concepts fondateurs du risque opérationnel, les analystes ne peuvent pas faire abstraction des données externes. Sur le terrain juridique, cette collecte des données externes s'avère particulièrement difficile et nécessite une forte implication des juristes.

352. La collecte des données externes juridiques est du ressort des juristes. La collecte des données externes juridiques signifie une veille juridique constante orientée vers la jurisprudence civile, pénale et administrative. Il s'agit d'une mission essentielle de la fonction juridique. Ses résultats concrets intéressent également les analystes de risques qui ont besoin de données pertinentes et chiffrés afin de pouvoir construire des incidents potentiels ou des scénarios de risque opérationnel.

353. Méthodes de recherche. Il existe un grand nombre de bases de données juridiques recensant la jurisprudence. Cependant la recherche des données chiffrées s'avère très difficile, car ces recueils jurisprudentiels sont orientés vers les besoins classiques des juristes et non pas vers les besoins quantitatifs. C'est pour cela, que la fonction juridique d'un établissement de crédit, ayant choisi de calculer ses fonds propres selon l'approche de mesure avancée, devrait se doter de juristes ou d'assistants juridiques chargés d'une veille jurisprudentielle constante et pertinente. Les sources d'information publiques sont nombreuses : la base de données « Légifrance », les recueils de jurisprudence de l'AMF, de l'ACP, de la Commission Bancaire, de la COB, la littérature et les revues spécialisées, les journaux, etc.

354. La collecte des données externes est une obligation légale. Les banques sont tenues, au terme de l'article 322 du règlement européen « CRR », de mettre en œuvre un dispositif pour déterminer les situations où les données externes doivent être utilisées, ainsi que des méthodologies pour intégrer ces données dans leurs systèmes de mesure et d'analyse du risque opérationnel. Les conditions et les pratiques d'utilisation de ce type d'information doivent être dûment documentées et revues régulièrement, faisant l'objet d'un contrôle périodique indépendant. Lorsque la banque a choisi d'utiliser un modèle de mesure avancée, fondée sur son propre système de mesure de risque opérationnel, la mesure et l'analyse du risque juridique doit se fonder sur des données externes pertinentes.

355. Finalité. La finalité est notamment de pouvoir mesurer les risques de pertes sévères, y compris exceptionnelles. Pour les risques majeurs, les données internes ne sont pas suffisantes. Si un risque majeur ne s'est pas encore produit, cela ne signifie pas qu'il ne se produira. Or, l'historique externe peut aider les analystes à évaluer la fréquence et la gravité d'un tel risque opérationnel de nature juridique. Le but est de donc de pouvoir illustrer chaque risque majeur potentiel avec des données concrètes concernant les confrères de la place ou d'autres banques internationales similaires : le montant des pertes, le montant des frais judiciaires, les conséquences en matière de perte d'image, etc. §2. L'évaluation des incidents juridiques

356. Evaluation des incidents potentiels. L'évaluation des risques opérationnels est appréhendée sous l'angle des incidents potentiels qui s'appuient sur les données de pertes internes (incidents avérés ou historiques) et externes. Par conséquent, lorsqu'on parle d'évaluation, on pense tout de suite aux incidents potentiels, pour lesquelles les analystes de risques, à l'aide des opérationnels et experts, vont identifier et calculer des fréquences et des coûts. A cet effet, les incidents potentiels seront comparés avec les incidents historiques (avérés) pour établir la cohérence entre leur fréquence et gravité.

357. Critères d'évaluation : l'impact et la probabilité. La criticité du risque juridique est évaluée, comme pour tout autre risque, par la prise en compte cumulative de deux critères : la fréquence (ou probabilité) et la gravité (ou impact, conséquences, effets). La probabilité de survenance d'un risque est exprimée par la fréquence, c'est-à-dire par le nombre d'occurrences d'un certain type d'évènement redouté. Il peut arriver fréquemment (périodiquement, à des intervalles rapprochés) ou, au contraire, rarement (les intervalles n'étant pas rapprochés). Les fréquences seront basées sur des statistiques d'occurrences et sur des techniques de calcul mathématique. En ce qui concerne la gravité, celle-ci s'exprime en évaluant les conséquences ou l'impact d'un risque. Il peut des pertes proprement-dites (sous forme de sanctions pénale, civile, disciplinaires, frais de justice, honoraires d'avocats, coûts de traitement du dossier, intérêts de trésorerie, etc.), mais également des manques à gagner⁶⁰³. Le manque à gagner est défini dans le Littré comme « *l'occasion qu'un marchand laisse échapper de faire profit* »⁶⁰⁴.

358. Conséquences potentiellement très lourdes. Les conséquences d'un risque juridique mal maîtrisé peuvent être lourdes pour l'établissement de crédit : sa responsabilité peut être mise en jeu en cas de non-respect des dispositions légales entraînant des pertes financières sous différentes formes : remboursement total ou partiel de la créance, condamnation aux dommages et intérêts, déchéance du droit aux intérêts, frais de justice, sanctions pénales, disciplinaires et pécuniaires. De même, sa capacité de récupération dans un litige peut se trouver fortement obérée, voire anéantie, notamment si les garanties n'ont pas été recueillies valablement.

359. Fort risque d'image. De surcroît, le risque juridique est souvent médiatisé et entraîne un important risque d'image traduit en perte de clients ou non captation de clients. De nombreuses affaires témoignent de cette médiatisation, telle l'affaire Bénéfic opposant La Poste (devenue entre-temps Banque postale) à des souscripteurs de parts du fonds d'investissement risqué, l'affaire Adidas opposant Bernard Tapie et le Crédit Lyonnais, ou les affaires impliquant des associations de consommateurs, comme celle impliquant l'association

⁶⁰³ Lorsqu'un incident avéré ne s'est pas concrétisé dans une perte sèche, mais il a seulement créé le risque d'une perte importante (ce que dans le risk management est connue sous le vocable de near miss), il sera quand même saisi dans la base des incidents. La raison consiste dans le fait que cet incident avéré pourra servir à la construction de l'incident potentiel.

⁶⁰⁴ J.-M. DAUNIZEAU, M. LEIMBACH, *op. cit.*, n174

UFC Que Choisir et la CNP prévoyance et la Caisse d'épargne et de prévoyance (et qui pourrait coûter 16 milliards aux assureurs⁶⁰⁵).

360. Annonce du plan. L'appréciation des conséquences et des fréquences s'avère être une opération à la fois complexe, difficile (A) mais extrêmement utile (B) pour la mesure du risque opérationnel.

A. L'évaluation est difficile

361. Evaluation difficile. L'évaluation des risques juridiques est difficile, ne serait-ce que parce que les litiges ont vocation à entraîner une multitude de conséquences possibles, et leur fréquence dépend des facteurs qui se laissent difficilement anticiper. A ces raisons s'ajoute l'absence de bases de données juridiques orientées vers les besoins quantitatifs. D'où l'importance cruciale d'une veille juridique et de conformité constante, tant au niveau national qu'europpéen, voire international, avec une attention particulière pour les Etats-Unis qui influence les banques à dimension internationale.

Lorsqu'on évalue un risque juridique, il ne faut pas limiter son impact uniquement aux sanctions judiciaires, disciplinaires et pénales (1), mais il convient de chercher à prendre en compte également d'autres coûts (2).

⁶⁰⁵ La Tribune, 23 juillet 2012, « Le Conseil d'Etat vient de donner raison à l'association UFC-Que Choisir. Elle reprochait aux assureurs de ne pas avoir remboursé aux assurés comme le prévoit la loi, les bénéfices réalisés avec les contrats emprunteurs qui couvrent le risque de décès ou d'invalidité d'un souscripteur de crédit. Cette affaire pourrait coûter 16 milliards aux assureurs. Ce montant colossal correspond aux bénéfices réalisés en assurance emprunteur entre 1996 et 2007 qui n'ont pas été remboursés aux assurés comme le prévoit la loi, mais payés aux banques distributrices du crédit (immobilier ou consommation) sous forme de commissions. Dans un arrêt du lundi 23 juillet, le Conseil d'Etat a en effet considéré que "selon la loi, les assureurs auraient dû reverser, à la fin du contrat, les surprimes d'assurance qui n'ont pas servi à couvrir la réalisation des risques", indique un communiqué de l'association de consommateurs UFC-Que Choisir. La juridiction avait été saisie en 2007 par l'association dans des dossiers concernant "la CNP prévoyance et la Caisse d'épargne et de prévoyance". ; Voir *infra* n° 636 et 637.

1. *Sanctions civiles, pénales et disciplinaires potentiellement applicables à l'ensemble des risques juridiques*

362. Complexité et cumul des sanctions. Lorsqu'il s'agit de l'évaluer, le risque juridique bancaire se distingue par sa complexité. Nombreux litiges ont vocation à appeler un cumul des sanctions civiles, pénales, voire disciplinaires et administratives⁶⁰⁶. A titre d'exemple, en cas de manquement au respect du secret bancaire ou de publicité trompeuse, la banque encourt le risque de se voir exposée au cumul des sanctions judiciaires (civiles, pénales) et disciplinaires. Notre étude se propose de montrer cette complexité issue à la fois du cumul des responsabilités, de la multitude des acteurs et des circonstances.

363. Sanctions civiles. Les premières sanctions judiciaires envisageables en matière bancaire sont celles civiles issues du droit commun des contrats, ainsi que celles spécifiques du droit de la consommation. Traditionnellement, on évoquera la nullité absolue de l'acte (qui peut être invoquée par toute personne intéressée et par les autorités publiques, y compris par le juge lui-même, d'office et qui a comme effet l'effacement rétroactif du contrat et entraîne pour la banque l'obligation de restitution des sommes initialement investies), la nullité relative de l'acte (qui peut seulement être invoquée par le contractant protégé et qui produit le même effacement rétroactif du contrat et entraîne pour la banque l'obligation de restitution des sommes initialement investies), la déchéance aux droits des intérêts et la condamnation aux dommages et intérêts en raison, par exemple, du non-respect d'une obligation contractuelle. Heureusement, en France, l'objectif des dommages et intérêts demeure encore indemnitaire⁶⁰⁷ (indemnisation du préjudice), par opposition avec la philosophie américaine en la matière, dominée par la conception punitive. Cela étant, les dommages et intérêts à la française peuvent être très élevés en fonction du montant du préjudice⁶⁰⁸. Toujours est-il que les banques internationales doivent prendre en compte que la Cour de cassation a admis en 2010 la reconnaissance en France d'un arrêt étranger ordonnant des dommages et intérêts punitifs⁶⁰⁹.

364. Sanctions pénales. En ce qui concerne les sanctions pénales, il est évident que celles-ci présentent à la fois un risque pécuniaire et un risque d'image très important. La protection

⁶⁰⁶ En ce qui concerne le cumul des procédures administratives et pénales, voir *infra* n° 368.

⁶⁰⁷ Les dommages et intérêts ne sont pas actuellement punitifs. Mais des projets de réforme, en particulier l' « Avant-projet de réforme du droit des obligations (art. 1101 à 1386 du code civil) et du droit de la prescription (art 2234 à 2281 du code civil) », du professeur Pierre Catala, datant de 22 septembre 2005, envisagent d'introduire des dommages et intérêts punitifs ; le projet est consultable sur http://www.justice.gouv.fr/art_pix/RAPPORTCATALASEPTEMBRE2005.pdf; le projet Terré opte pour la sanction des fautes intentionnelles lucratives d'une privation de profit ; Voir également R. CABRILLAC, *Droit des obligations, op.cit.* n° 339.

⁶⁰⁸ Les dommages et intérêts obéissent au principe de réparation intégrale du préjudice. La fixation de leur montant est une question délicate. Ils doivent être considérés comme la compensation du préjudice subi. « La réparation doit intervenir sans qu'il en résulte pour la victime ni perte ni profit. » Il est établi en ce sens que « le montant de l'indemnité est évalué au jour du jugement définitif, solution qui permet au juge de tenir compte des variations monétaires comme de l'évaluation du dommage ». R. CABRILLAC, *Droit des obligations, op.cit.*, n° 163 et n° 339.

⁶⁰⁹ Cass. 1^{re} civ., 10 déc. 2010, *RTD civ.* 2011, 124, obs. B. FAGES.

contre le risque pénal est au centre de l'attention, tout particulièrement dans le cadre de l'évolution de la responsabilité pénale des personnes morales. Posée comme principe en 1994, la responsabilité pénale de la personne morale a été soumise jusqu'en 2004 au principe de spécialité (il s'agissait d'une responsabilité limitée aux cas prévus expressément par la loi). Depuis la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant sur l'adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité et entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2006, chaque fois qu'un texte portera incrimination à l'encontre d'une personne physique, la personne morale pourra également voir sa responsabilité pénale engagée⁶¹⁰. En d'autres termes, les personnes morales peuvent être sanctionnées pénalement pour toutes les infractions prévues non seulement dans le Code pénal, mais aussi dans les textes spécifiques réprimant toutes sortes d'infractions : Code monétaire et financier, Code de commerce, Code du travail, Code de la consommation, etc....

Au titre de l'article 131-38 du Code pénal, *« le taux maximum de l'amende applicable aux personnes morales est égal au quintuple de celui prévu pour les personnes physiques par la loi qui réprime l'infraction. Lorsqu'il s'agit d'un crime pour lequel aucune peine d'amende n'est prévue à l'encontre des personnes physiques, l'amende encourue par les personnes morales est de 1 000 000 Euros. »*

Aux termes de l'article 131-39 du Code pénal la personne morale encourt également une ou plusieurs des peines suivantes :

- la dissolution qui interviendra dans les conditions prévues par la loi ;
- l'interdiction, à titre définitif ou pour une durée de cinq ans au plus, d'exercer directement ou indirectement une ou plusieurs activités professionnelles ou sociales ;
- le placement, pour une durée de cinq ans au plus, sous surveillance judiciaire ;
- la fermeture définitive ou pour une durée de cinq ans au plus des établissements ou de l'un ou de plusieurs des établissements de l'entreprise ayant servi à commettre les faits incriminés ;
- l'exclusion des marchés publics à titre définitif ou pour une durée de cinq ans au plus ;
- l'interdiction, à titre définitif ou pour une durée de cinq ans au plus, de procéder à une offre au public de titres financiers ou de faire admettre ses titres financiers aux négociations sur un marché réglementé ;
- l'interdiction, pour une durée de cinq ans au plus, d'émettre des chèques autres que ceux qui permettent le retrait de fonds par le tireur auprès du tiré ou ceux qui sont certifiés ou d'utiliser des cartes de paiement ;
- la peine de confiscation, dans les conditions et selon les modalités prévues à l'article 131-21 ;
- l'affichage de la décision prononcée ou la diffusion de celle-ci soit par la presse écrite, soit par tout moyen de communication au public par voie électronique ;

⁶¹⁰ En Belgique, le principe de la responsabilité légale des personnes morales est consacré par l'art. 5 du Code pénal, introduit en 1999. Avant la loi du 4 mai 1999, le droit belge consacrait la règle de l'irresponsabilité pénale des personnes morales.

La responsabilité pénale de la personne morale peut coexister avec celle des employés de la personne morale.

365. Sanctions disciplinaires de la part des autorités de tutelle compétentes. Les autorités de surveillance, telles que l'ACPR et l'AMF en France et, respectivement la BNB⁶¹¹ et la FSMA⁶¹² en Belgique⁶¹³, peuvent infliger des sanctions disciplinaires⁶¹⁴. Nous évoquerons succinctement le pouvoir disciplinaire des autorités de contrôle françaises.

366. Sanctions de l'ACPR. En cas de non-respect des dispositions législatives et réglementaires bancaires, la Commission des sanctions de l'ACPR⁶¹⁵ peut prononcer à l'encontre d'une banque deux types de sanctions: des sanctions disciplinaires proprement dites et des sanctions pécuniaires.

Aux termes du nouvel article L 612-40 du Code monétaire et financier, tout manquement ou infraction aux dispositions législatives et réglementaires relevant du champ d'application du règlement « CRR »⁶¹⁶ peut entraîner, en fonction de la gravité du manquement, l'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 l'activité⁶¹⁷, le retrait partiel d'agrément, le retrait total d'agrément ou la radiation de la liste des personnes

⁶¹¹ En Belgique l'équivalent de la Commission des sanctions de l'ACPR est la Commission des sanctions de la Banque Nationale de Belgique (BNB). Voir les art. 345 et 346 (pour les astreintes et les autres mesures coercitives), l'art. 347 (pour les amendes administratives) et l'art. 348 (pour les sanctions pénales) de la nouvelle loi relative au statut et au contrôle des établissements de crédit du 25 avril 2014, précitée. La Commission des sanctions rend ses décisions publiques de manière nominative sur le site web de la BNB, à moins que cette publication ne risque de perturber la stabilité financière ou de causer un préjudice disproportionné aux banques, auquel cas la décision est publiée sur le site web de la BNB de manière non nominative.

⁶¹² En Belgique, l'équivalent de l'AMF est l'Autorité des services et marchés financiers (en abrégé FSMA pour Financial Services and Markets Authority). Depuis le 1^{er} avril 2011, FSMA peut, en cas d'infraction à la législation financière, infliger des amendes ou des astreintes. Cette procédure de sanction peut également comporter la conclusion d'un règlement transactionnel. Voir en ce sens la loi du 2 juillet 2010 modifiant la loi 2 août 2002 relative à la surveillance du secteur financier et aux services financiers, ainsi que la loi du 22 février 1998 fixant le statut organique de la BNB, et portant des dispositions diverses.

⁶¹³ Voir *supra* n° 182.

⁶¹⁴ Lorsqu'on analyse le risque juridique, nous pouvons envisager des sanctions administratives émanant d'autres institutions de contrôle, telle que la Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL).. En cas de manquement à la loi 78-17 du 6 janvier 1978 relative au traitement informatique des données à caractère personnel, autorité administrative indépendante, peut prononcer en application de l'art. 45 et suivants, les sanctions suivantes : un avertissement, qui peut être rendu public et une sanction pécuniaire d'un montant maximal de 150 000€, et, en cas de récidive, jusqu'à 300 000 €. Cette sanction peut être rendue publique.

⁶¹⁵ Sur la nature de la Commission des sanctions et sur l'importance de la *soft law* dans le contexte des sanctions, voir : Th. BONNEAU, « Régulation bancaire & financière et État de droit », *RD bancaire et financ.* 2014, n° 1, repère 1 ; Th. BONNEAU, « L'ACP, un législateur occulte ? », *RD bancaire et financ.* 2013, n° 1, repère 1 ; B. MARTIN LAPRADE, « Réflexions sur la nature juridique de la commission des sanctions de l'Autorité de contrôle prudentiel (ACP) », *Mélanges Philippe Bissara*, ANSA, 2013, p. 241 ; A. COURET et B. DONDERO, « La Commission des sanctions de l'Autorité de contrôle prudentiel est une juridiction dont il n'est pas sérieux de contester l'indépendance », *JCP E* 2011, 1544.

⁶¹⁶ Règlement (UE) n° 575/2013 du 26 juin 2013, précité.

⁶¹⁷ La sanction ne peut, dans sa durée, excéder dix ans.

agrées, avec ou sans nomination d'un liquidateur. De surcroît, la commission des sanctions de l'ACPR peut prononcer « *une sanction pécuniaire d'un montant maximal de 10 % du chiffre d'affaires annuel net, y compris le revenu brut de l'entreprise composé des intérêts et produits assimilés, des revenus d'actions, de parts et d'autres titres à revenu variable ou fixe et des commissions perçues conformément à l'article 316 du règlement (UE) n° 575/2013 du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 au cours de l'exercice précédent* ». Si l'avantage retiré du manquement peut être déterminé, la commission des sanctions prononce une sanction d'un montant maximal de deux fois ce dernier.

D'une manière classique il est prévu que la commission des sanctions puisse prononcer une astreinte, dont elle fixe le montant et la date d'effet. Par ailleurs, lorsque la responsabilité directe et personnelle dans lesdits manquements est établie à l'encontre des dirigeants, des membres du conseil d'administration, du conseil de surveillance, du directoire ou de tout autre organe exerçant des fonctions équivalentes au sein d'un établissement de crédit, la commission des sanctions peut prononcer, en fonction de la gravité du manquement, leur suspension temporaire ou leur démission d'office⁶¹⁸.

Pour les autres manquements ou infractions, se situant en dehors du « paquet législatif CRD IV », c'est l'article L 612-39 du même code qui s'applique. Nous nous bornons à observer que les sanctions, malgré certaines similitudes, ne sont pas identiques. La commission des sanctions peut prononcer, soit à la place, soit en sus des sanctions disciplinaires classiques (avertissement, blâme, etc.), une sanction pécuniaire égale au plus à cent millions d'euros⁶¹⁹.

367. Sanctions de l'AMF. En application de l'article L 621-15 du Code monétaire et financier, l'AMF peut prononcer un avertissement, un blâme, une interdiction à titre temporaire ou définitif de l'exercice de tout ou partie des services fournis, voire la radiation du registre mentionné à l'article L. 546-1 du Code monétaire et financier. Aux termes de ce même article, la commission des sanctions de l'AMF peut prononcer soit à la place, soit en sus des sanctions disciplinaires une sanction pécuniaire dont le montant ne peut être supérieur à 100 millions d'euros ou au décuple du montant des profits éventuellement réalisés⁶²⁰.

368. Le cumul des sanctions administratives et pénales est jugé conforme à la règle *non bis in idem*. Le principe *non bis in idem*, consacré notamment par l'article 4 du protocole n° 7 à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés

⁶¹⁸ Ces sanctions ne peuvent, dans leur durée, excéder dix ans.

⁶¹⁹ Le 7 avril 2014 la Commission des sanctions de ACPR a prononcé à l'encontre de Cardif un blâme assorti d'une sanction pécuniaire de 10 millions d'euros pour ne pas avoir adopté une démarche active d'identification des assurés décédés au sens de la loi du 17 décembre 2007 relative à la recherche des bénéficiaires des contrats d'assurance sur la vie non réclamés ; Voir en ce sens ACPR, Communiqué de presse, 7 avril 2014 - "La Commission des sanctions sanctionne Cardif assurance vie" ; ACPR, Commission des sanctions, n° 2013-03 bis, 7 avril 2014, à l'égard de Cardif assurance vie, P.-G. MARLY, « Contrats d'assurance-vie en déshérence : la première sanction de l'ACPR tombe », *L'Essentiel Droit des assurances*, 2014, n° 5, p. 5.

⁶²⁰ AMF, Commission des sanctions, SAN-2013-20, du 29 juillet 2013 à l'égard de la Société Générale ; AMF, Commission des sanctions, SAN -2013-19 du 25 juillet 2013 à l'égard de la Société Générale ; AMF, Commission des sanctions, SAN -2011-05 du 17 mars 2011 à l'égard de Crédit Agricole Corporate & Investment Bank, Natixis ; AMF, Commission des sanctions, SAN-2008-23 du 11 septembre 2008 à l'égard de la BNP Paribas ; AMF, Commission des sanctions, SAN-2008-24 du 11 septembre 2008 à l'égard de la Société Générale.

fondamentales et l'article 50 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne représente le droit à ne pas être jugé ou puni pénalement deux fois pour les mêmes faits. La défense des établissements de crédits plaide souvent l'application de ce principe de droit communautaire pour tenter d'éviter le cumul des sanctions pénales et administratives. Elle évoque le plus souvent la jurisprudence européenne⁶²¹ qui semble fragiliser la position des magistrats français et belges⁶²². Cependant, il est de jurisprudence constante, tant en France⁶²³ qu'en Belgique, qu'un établissement de crédit soit doublement sanctionné, à la fois pénalement et administrativement, en raison des mêmes faits qui relèvent de la compétence des tribunaux et des autorités de surveillance nationales⁶²⁴. C'est d'ailleurs la philosophie sous-jacente de l'article L612-28 du Code monétaire et financier qui prévoit que « *lorsque sont*

⁶²¹ La jurisprudence européenne qui pourrait justifier une application de la règle *non bis in idem* en matière bancaire et financière: CEDH, 4 mars 2014, n° 18640/10, Grande Stevens et a. c/ Italie; Sur la jurisprudence européenne: CEDH, 23 oct. 1995, Gradinger c. Autriche, série A, n° 328-C, §51 ; CJUE, gde ch., 26 févr. 2013, n° C-617/10, Åklagaren c. Hans Åkerberg Fransson.

⁶²² Voir en ce sens : J. CHACORNAC, « Interprétation du principe *non bis in idem* confirmée par la Cour de Strasbourg : la fin annoncée de la double répression des infractions boursières... », *BJB*, 2014 n° 4, p. 20 ; H. LE NABASQUE, « La règle *non bis in idem* et les abus de marché - à propos des arrêts de l'assemblée plénière du 8 juillet 2010 », *RD bancaire et finan.* 2010, n° 6, repère 6.

⁶²³ CE, 26 déc. 2008, *Gonzales-Castrillo*, n° 282995 ; CE, 10 mai 2004, *Crédit du Nord*, n° 241587 ; CE, 7 janv. 2004, *M. Charles X.*, n° 232465 ; J.-Ph. KOVAR et J. LASSERRE-CAPDEVILLE, *Droit de la régulation bancaire, op. cit.*, n° 472.

⁶²⁴ La Cour de cassation considère que la règle *non bis in idem* s'applique seulement pour les infractions relevant de la compétence des tribunaux statuant en matière pénale : Cass. crim., 1^{er} mars 2000, n° 99-86299 : *Bull. crim.*, n° 98 ; Cass. crim., 28 janv. 2009, n° 07-81674, inédit ; pour des opérations d'initié, Cass. com., 8 févr. 2011, n° 10-10965 : *Bull. civ.*, IV, n° 17 ; Cass., crim., 22 janv. 2014, n° 12-83579. ; Citons aussi différentes jurisprudences AMF et judiciaires, disponibles dans la Table de jurisprudence de l'AMF, http://www.amf-france.org/documents/general/9652_1.pdf?lang=fr&Id_Tab=0; (consultée le 15 septembre 2013). Ainsi il est retenu que : « (a) Une procédure engagée devant la Commission des sanctions de l'AMF est distincte de celle qui, fût-ce à raison des mêmes faits, peut être engagée devant la juridiction pénale.

(b) La caractérisation du manquement de fausse information, au sens de l'art. 632-1 du règlement général de l'AMF, ne comporte pas l'obligation, qui pèse sur le juge judiciaire pour condamner l'auteur d'un délit, de relever un élément intentionnel, et la situation des destinataires des notifications de griefs au regard de la caractérisation des manquements reprochés peut être appréciée de manière distincte du dossier pénal. Il en résulte que l'appréciation de l'existence de manquements au regard de l'art. 632-1 du règlement général de l'AMF n'est pas subordonnée à la procédure pénale, si bien que, sans qu'y fasse obstacle la circonstance que des éléments issus de la procédure pénale figurent au dossier, les conclusions tendant à ce que la Commission des sanctions sursoit à statuer jusqu'au terme de la procédure pénale doivent être rejetées. (AMF, 29 mars 2007, société Altran Technologies, MM. Kniazeff, Martigny, Friedlander, Bonan, Rougagnou, Hontarrède et Bienaimé)

(c) L'existence de deux procédures, l'une pénale, l'autre administrative, est sans influence sur la régularité de la seconde, dès lors que la Commission des sanctions apprécie la caractérisation des manquements reprochés au regard des seules pièces qui lui sont soumises et qui font l'objet d'un débat contradictoire. Voir en ce sens : jurisprudence AMF, 23 déc. 2008, MM. Xavier Thoma, Charles Thoma, Stefano Moccia, Giovanni Batista Di Natale, A, Bernard Thiriet, B, C, D, Antonello Filosa, Federico Pantanella

(d) La procédure engagée devant la Commission des sanctions de l'AMF, distincte de celle pouvant être poursuivie devant la juridiction pénale, n'est pas subordonnée à l'issue de la procédure pénale, ainsi que l'ont confirmé les juridictions de recours. Dès lors, aucune demande de sursis à statuer dans l'attente de la décision pénale ne pouvait être accueillie. (AMF, 21 septembre 2009, MM. A, B, C, D, E)

(e) Le classement sans suite de la poursuite pénale n'a aucune incidence sur la poursuite, de nature administrative, décidée par le Collège de l'AMF et indépendante de l'action publique, portant sur les mêmes cessions de titres, Voir en ce sens CA Paris, 24 nov. 2009, MM. Marcel Frydman et Gérald Frydman, n°09/05552. *Rec.* 2009, n°36 ».

relevés des faits susceptibles de justifier des poursuites pénales, le président de l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution en informe le procureur de la République territorialement compétent, sans préjudice des sanctions que l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution peut prononcer ». En effet, il a été jugé que ce cumul est possible car les commissions de sanctions des autorités de contrôle en matière bancaire et financière ne sont pas des tribunaux statuant en matière pénale. De surcroît, il garantit, aux yeux des juges, le bon fonctionnement du marché bancaire et financier, en imposant des sanctions dissuasives, proportionnées et effectives. En Belgique, la Cour d'appel de Bruxelles a jugé qu'en sanctionnant des manquements à la législation bancaire et financière, les autorités de tutelle prennent des décisions « *à des fins de régulation* » en tant qu'autorités de régulation⁶²⁵. Cependant, pour atténuer l'impact de ce cumul il convient de souligner qu'un système d'imputation des amendes administratives et pénales a été mis en place en Belgique⁶²⁶ et qu'en France, le montant global des amendes susceptibles d'être prononcées ne doit pas dépasser le plafond de la sanction encourue la plus élevée⁶²⁷. Précisons également qu'en France, le principe *non bis in idem*, en présence d'infractions distinctes relevant du droit bancaire et du droit des marchés financiers, ne fait pas obstacle au cumul de sanctions prononcées par l'ACPR et par l'AMF⁶²⁸. En revanche, en Belgique, on a considéré que le principe devrait, être pleinement applicable en cas de poursuites pour les mêmes faits devant des autorités administratives de surveillance équivalentes situées dans des Etats différents⁶²⁹.

2. *Autres conséquences potentiellement applicables à l'ensemble des risques juridiques*

369. Diversité des conséquences. Au-delà des sanctions judiciaires et disciplinaires, lorsqu'on évalue un risque juridique, il faut prendre en compte d'autres conséquences possibles. Il convient de mentionner notamment le coût du procès (a), la perte d'image (b), la condamnation à rembourser les frais de l'adversaire, le traitement des réclamations, les intérêts de trésorerie, les gestes commerciaux (c), etc.

⁶²⁵ Bruxelles, 1^{er} février 2008, *Dr. banc. fin.* 2008, p. 167 ; X. TATON, « Les nouvelles procédures de sanctions devant la FSMA et la BNB », *Dr. banc. fin.* 2012, II, pp. 79-216 ; A. LECOCQ, « Le principe *non bis in idem* en droit financier. Vers un changement du paradigme ? », *Dr. banc. fin.* 2013, III, pp. 143 -152.

⁶²⁶ X. TATON, « Les nouvelles procédures de sanctions devant la FSMA et la BNB », *op. cit.*, p. 103.

⁶²⁷ CE, 16 juillet 2010, *M. J. Sébastien A.*, n° 321056 ; Cons. Const., 30 déc. 1997, n° 97-395 ; Cass. crim. 1^{er} mars 2000, n° 99-86.299, *D.* 2000, AJ 229, obs. A. LIENHARD ; O. DUFOUR, « Sanctions pénales ou administratives, et s'il fallait enfin choisir ? », *LPA* 2014, n° 43, pp. 5-6 ; J.-Ph. KOVAR et J. LASSERRE-CAPDEVILLE, *Droit de la régulation bancaire*, *op. cit.*, n° 473.

⁶²⁸ D. BOMPOINT, « La règle « non bis in idem » ne fait pas obstacle au cumul de sanctions de la Commission bancaire et de l'Autorité des marchés financiers », *RD bancaire et finan.* 2008, n° 1, comm. 27 ; CE, 6 et 1^{re} ss-sect., 30 mai 2007, n° 283888, *M. D. et société D.*, *Juris-Data* n° 2007-072023 ; *Dr. sociétés* 2007, comm. 15

⁶²⁹ En Belgique, le comité de direction de l'ancienne CBFA (actuellement FSMA) a fait une application stricte du principe *non bis in idem* car, en l'espèce, il existait déjà une décision définitive prise, pour les mêmes faits, par l'autorité de surveillance bancaire britannique ; CBFA, décision du comité de direction du 3 juillet 2007, X. TATON, « Les nouvelles procédures de sanctions devant la FSMA et la BNB », *op. cit.*, p. 103.

a) Le coût du procès

370. Coût du procès – conséquence à géométrie variable. Le coût d'un procès varie en fonction de la complexité de l'affaire, de sa durée, de la notoriété des parties impliquées, du degré de la juridiction, de la phase du procès (appel, pourvoi en cassation...). Il comporte les frais du procès proprement dits (dépens et frais annexes), les honoraires d'avocat et d'expert.

371. Quasi-absence de données chiffrées officielles pour déterminer le coût moyen au niveau national. En France il y a très peu d'études à ce jour permettant d'identifier le coût moyen d'un procès dans chaque branche de droit. Néanmoins, bien que les indicateurs ne soient pas le pain quotidien des juristes, nous observons un début assez timide en la matière. Nous ne pouvons pas ignorer les statistiques ministérielles concernant la durée moyenne et le nombre des procès traités devant les différentes institutions judiciaires⁶³⁰. Cela étant, ces informations ne sont pas d'une grande utilité pour l'analyse du risque juridique.

En ce qui concerne les honoraires d'avocats, il n'existe pas non plus de statistiques montrant la valeur moyenne par juridiction et branche de droit. En réalité, leur montant se fixe librement et dépend donc de l'accord entre l'avocat et son client, la banque. Pour déterminer leur coût moyen pour la banque il faut vérifier s'il n'y a pas de conventions conclues prévoyant un certain montant forfaitaire minimal avec son avocat. En tout état de cause, la réputation de la banque, la difficulté de l'affaire, la notoriété de l'avocat, le temps et la disponibilité consacrés à l'affaire seront des facteurs susceptibles d'influencer le montant de la rémunération des avocats. Pour se faire une idée des montants moyens en question, dans le Rapport de la France sur l'Etude sur la transparence des coûts en matière judiciaire⁶³¹ publié sur le portail européen « e-justice » de la Commission européenne, il est indiqué que la valeur moyenne des honoraires d'avocats pour un litige commercial est de 250 euros par heure ou un montant forfaitaire variant entre 5000 et 7000 euros.

372. Détermination à la charge des services juridiques des établissements de crédit. La mesure de l'impact d'un risque juridique aurait besoin de données chiffrées pour la valeur moyenne des dépens, des frais annexes et des honoraires d'avocats d'un procès en droit bancaire. Cette tâche difficile revient à la charge des juristes au sein de chaque établissement de crédit. Il faudra notamment chercher dans les données internes et externes les montants des condamnations aux dépens, au titre de l'article 696 du Nouveau code de procédure civile⁶³² et

⁶³⁰ <http://www.justice.gouv.fr/budget-et-statistiques-10054/annuaire-statistiques-de-la-justice-10304/annuaire-statistique-de-la-justice-23263.html> (page consultée le 12 juillet 2013).

⁶³¹ "Study on the Transparency of Costs of Civil Judicial Proceedings in the European Union", country report for France du 30 déc. 2007 publié sur le Portail européen "e-Justice" https://e-justice.europa.eu/content_costs_of_proceedings-37-fr-fr.do (page consultée le 15 juin 2012).

⁶³² Aux termes de l'art. 696 du NCPC, « Les dépens afférents aux instances, actes et procédures d'exécution comprennent :

1° Les droits, taxes, redevances ou émoluments perçus par les secrétariats des juridictions ou l'administration des impôts à l'exception des droits, taxes et pénalités éventuellement dus sur les actes et titres produits à l'appui des prétentions des parties ;

2° Les frais de traduction des actes lorsque celle-ci est rendue nécessaire par la loi ou par un engagement international ;

les montants des condamnations au titre de l'article 700 du même code concernant les frais non compris dans les dépens.

b) Risque d'image et autres conséquences

373. Réputation. La réputation est une valeur d'importance stratégique pour toute banque et encore plus lorsque celle-ci a une dimension internationale. Les risques juridiques peuvent entraîner un risque d'image important. Les décisions des autorités de tutelle peuvent être rendues publiques. Cette possibilité est expressément prévue par la loi. Ainsi l'article L 612-39 du Code monétaire et financier prévoit que la décision de la commission des sanctions de l'Autorité de contrôle prudentiel peut être publiée dans les journaux ou autre supports désignés par l'autorité, dans un format proportionné à la faute commise et à la sanction infligée. Les frais sont supportés par les personnes sanctionnées. Toutefois, lorsque la publication risque de perturber gravement les marchés financiers ou de causer un préjudice disproportionné aux parties en cause, la décision de la commission peut prévoir qu'elle ne sera pas publiée. Le législateur permet également la publication des décisions de l'AMF et de la CNIL. Dans le même ordre d'idées, les litiges qui opposent les associations de consommateurs et les banques intéressent les médias destinés au grand public, ce qui implique également un important risque d'image. La perte d'image est difficilement quantifiable, mais elle se manifeste généralement par la perte ou la non-captation de clientèle, voire une baisse du cours de l'action⁶³³.

374. Autres conséquences. Il convient également de prendre en compte les coûts internes de traitement des réclamations, les intérêts de trésorerie et les gestes commerciaux qui se traduisent le plus souvent dans la gratuité d'un produit pour une certaine période (carte Visa gratuite, entretien de compte, etc.), ou dans la signature d'un protocole d'accord qui rembourse totalement ou partiellement le montant du préjudice.

3° Les indemnités des témoins ;

4° La rémunération des techniciens ;

5° Les débours tarifés ;

6° Les émoluments des officiers publics ou ministériels ;

7° La rémunération des avocats dans la mesure où elle est réglementée y compris les droits de plaidoirie ;

8° Les frais occasionnés par la notification d'un acte à l'étranger ;

9° Les frais d'interprétariat et de traduction rendus nécessaires par les mesures d'instruction effectuées à l'étranger à la demande des juridictions dans le cadre du règlement (CE) n° 1206/2001 du Conseil du 28 mai 2001 relatif à la coopération entre les juridictions des Etats membres dans le domaine de l'obtention des preuves en matière civile et commerciale ;

10° Les enquêtes sociales ordonnées en application des art. 1072,1171 et 1221 ;

11° La rémunération de la personne désignée par le juge pour entendre le mineur, en application de l'art. 388-1 du code civil ;

12° Les rémunérations et frais afférents aux mesures, enquêtes et examens requis en application des dispositions de l'art. 1210-8. ».

⁶³³ J.-M. DAUNIZEAU, M. LEIMBACH, *op. cit.*, p. 55.

B. L'évaluation des risques juridiques est opportune

375. Importance. Le montant des fonds propres et, donc implicitement, la solvabilité de la banque, dépendent de la pertinence des analyses de risques et de la qualité des données utilisées, d'où l'importance cruciale d'une bonne évaluation des risques. Cette dernière servira, en effet, à la quantification des risques (1) et à l'identification de leur criticité (2), deux étapes préalables et nécessaires au calcul du capital réglementaire de la banque au titre du risque opérationnel.

Dans le même temps, comme nous l'avons déjà vu tout au long de notre travail, le risque se mesure simplement, par la multiplication de deux critères : la fréquence (ou la probabilité) et la gravité (ou les conséquences). Le résultat de cette multiplication est la criticité du risque, en fonction de laquelle on distinguera des risques mineurs, moyens ou majeurs présentant une fréquence rare, moyenne ou forte.

1. La mesure des risques juridiques

376. Nécessité de connaître la fréquence et la gravité des cas avérés. Le système de mesure du risque opérationnel en général, et donc implicitement du risque juridique, doit tenir compte obligatoirement des données internes et externes.

377. Nécessité de fixer des règles d'évaluation homogènes. Afin d'obtenir un référentiel homogène, il pourra être utile de fixer des règles d'évaluation de l'impact. A cet effet, il revient au management de fixer des seuils pour l'impact financier afin qu'il soit qualifié comme très faible, faible, moyen ou fort. L'évaluation est intimement liée à la politique de chaque banque qui établira ses propres seuils minimaux. Nous pénétrons ainsi dans le domaine des experts, des scientifiques, des opérationnels (chargés de clientèle) et des politiques. Du point de vue juridique, il faut tout simplement respecter l'obligation de documenter dûment toutes ces procédures d'évaluation. A titre d'exemple, les procédures internes peuvent prévoir sous forme de tableaux les seuils de criticité des risques.

Critère d'impact financier	Très faible	Faible	Moyen	Fort
Perte financière ou manque à gagner	≤ 10 000 EUR	≤ 20 000 EUR	≤ 50 000 EUR	≥ 50 000 EUR

Des règles de fréquence peuvent également être données pour la fréquence, par exemple sur la base de fréquence annuelle. La fréquence s'apprécie en fonction des données internes pour les risques à faible impact, mais à forte fréquence. Pour les risques extrêmes caractérisés par une faible fréquence et un fort impact, la récurrence annuelle moyenne est obtenue à partir de données réelles (à la fois internes et externes) et/ou d'avis d'experts. A titre d'exemple, on peut considérer les seuils suivants :

Critères de fréquence d'occurrence	Très faible	Faible	Moyen	Fort
Nombre d'événements par an	≤ 10	≤ 50	≤ 100	≥ 100

378. Nécessité de fixer les conséquences prises en compte. Toujours en interne, chaque établissement décidera de la typologie des conséquences prises en compte. Le régulateur international se réfère uniquement aux pertes. Cependant il est tout à fait possible de prendre en compte d'autres conséquences comme le *near miss* (il ne s'agit pas d'une perte proprement dite, mais seulement d'une grande probabilité de perdre) ou les manques à gagner.

2. Identification de la criticité des risques potentiels

379. Risques fréquents et risques majeurs. En fonction de la sévérité des pertes et de la probabilité de survenance, les risques se divisent en deux grandes catégories : les risques fréquents et les risques majeurs (d'amplitude ou extrêmes).

380. Les risques à faible impact et forte fréquence. Les risques juridiques fréquents sont, d'ailleurs fort heureusement, à faible impact. C'est ce qui explique l'essor de la médiation bancaire et des règlements amiables. Etant donné le montant des litiges, les clients préfèrent faire une réclamation ou s'adresser directement au Médiateur de la banque. Le coût et la lenteur du procès sont dissuasifs de ce point de vue. C'est en égale mesure l'explication des plaidoiries en faveur des actions collectives (*class action* à la française) qui permettrait aux clients de mieux se défendre. En revanche, du côté des professionnels, il y a beaucoup à craindre avec l'arrivée de ce type d'action collective en justice, car elle apportera une augmentation des risques juridiques. En effet, une multitude des petits risques (à faible impacts, mais assez fréquents) peuvent se transformer dans un risque d'amplitude (un risque à

fort impact). A titre d'exemple, un risque juridique à faible impact, mais ayant une récurrence annuelle assez élevée qui se rattache, par exemple, à la filière métier « Financement des particuliers » serait la mise en cause de la responsabilité civile de la banque pour défaut d'information ou de conseil. Il est évident qu'on pourrait envisager le même risque pour la filière « Titres » ou autres filières métier, en fonction de l'organisation de chaque établissement.

381. Appréciation chiffrée des conséquences des incidents potentiels à faible impact et forte fréquence. L'analyste des risques prendra en compte tout d'abord les conséquences des incidents avérés, mais il va ensuite opérer un raisonnement par extrapolation : il va les associer à d'autres indicateurs pour obtenir le coût annuel du risque juridique potentiel. Ainsi le montant des remboursements constaté sera associé au montant moyen des prêts immobiliers ou à la consommation, le montant des déchéances des intérêts sera associé aux taux d'intérêts moyens pour les prêts en question, mais également à la durée moyenne d'amortissement ou autres indicateurs pertinents. En ce qui concerne les frais de justice, l'appréciation de leurs montants moyens reviendra à la charge des juristes. Ils pourront réaliser un sondage sur un certain nombre de dossiers et prendre en compte la moyenne de leurs montants. Et enfin, l'analyste de risque devra prendre en compte les coûts additionnels enregistrés en interne. Sur la base des procédures internes, les juristes vont estimer les coûts additionnels d'un dossier juridique complexe, sachant que le plus souvent ce genre de dossier démarre en général avec une série de réclamations, continue avec des négociations qui n'aboutissent pas à un accord amiable et finit devant la cour avec une assignation de la banque.

382. Appréciation chiffrée de la fréquence des incidents à faible impact et forte fréquence. En ce qui concerne la fréquence annuelle d'un incident juridique potentiel, elle sera appréciée sur la base des incidents internes connus sur une certaine période. En effet, l'article 367 de l'arrêté du 20 février 2007 impose pour la mesure interne des risques opérationnels l'obligation d'utilisation des données internes fondée sur une période d'observation historique minimale de cinq ans.

383. Les risques à fort impact et faible fréquence. Ce sont des événements rares mais ayant un impact élevé. En général, les analystes de risque ne disposent pas de données internes. Ils font souvent appel à des données externes (des incidents similaires chez les confrères) et à la construction des scénarios leur permettant de mesurer les risques en cas de survenance.

384. Illustration d'un risque à fort impact et faible fréquence. Pour rester dans le même registre, nous proposerons un exemple relevant toujours de la filière « Financements des particuliers ». Les usagers des banques sont de plus en plus sensibles à la notion d'obligation d'information et conseil. Avec les variations plutôt négatives subies par le secteur bancaire ces dernières années, un nombre croissant de clients doivent faire face à une perte significative de leur capital. Dans ce contexte, il est tout à fait plausible de concevoir l'hypothèse d'une mise en cause à grande échelle des banques pour défaut de mise en garde ou pour conseil inadéquat. Dans ce scénario, nous considérons que, dans un souci d'éviter une médiatisation de l'affaire et une publicité défavorable, la banque privilégie dans la grande

majorité des cas la négociation amiable. Il ne faut pas oublier que le choix de scénario doit se faire de sorte à être pertinent pour une ligne de métier ou une entité de la banque.

385. Evaluation difficile. Imaginons la situation suivante: l'établissement n'a jamais été confronté à une telle situation, et ne dispose donc pas de données internes disponibles. Il faudra faire appel aux données externes et aux avis d'experts. Il faudra ensuite estimer le volume d'opérations concernées (clients, réclamations, assignations, montants moyens des placements à risque, les pertes moyennes) afin de construire un scénario réaliste. Pour une banque de taille significative il n'est pas insensé de songer à une opération de commercialisation à grande échelle d'un produit bancaire inadapté aux besoins de la clientèle, décevant pour la plupart des clients dont une grande partie (plus de 10 000) choisit de réclamer le remboursement des moins-values.

L'évaluation des conséquences de ce type de risque juridique n'est pas aisée. Tout d'abord il faut envisager le coût du traitement des réclamations qui, du fait du risque juridique et d'image fort, sera le plus probablement réalisé au niveau central d'une banque. Les coûts supplémentaires doivent être déterminés à l'appui des procédures internes de chaque établissement. Ensuite, il faudra déterminer le « coût » du procès dans l'éventualité des assignations introduites par les clients qui n'acceptent pas la médiation proposée par la banque. Par conséquent, les juristes devront être en mesure de communiquer aux analystes des risques le coût moyen des dépens, des honoraires d'avocats, etc. qui seront ensuite multipliés par le nombre d'assignations. Il est évident que l'analyse prendra en compte aussi l'éventualité d'un remboursement total ou partiel de l'investissement suite à une transaction ou annulation de placement ou des dommages et intérêts. Il convient de fixer dans cette hypothèse un ratio de remboursement entre le montant initialement réclamé par l'ensemble des clients et le montant finalement versé aux clients. Celui-ci sera le plus probablement fondé sur des données internes dans des cas similaires individuels. L'évaluation est d'autant plus difficile qu'il est tout à fait plausible dans un tel scénario d'avoir à compter les éventuelles sanctions disciplinaires et pécuniaires qui peuvent être prononcées par les autorités de contrôle. Or n'oublions pas qu'en matière de protection de la clientèle, l'ACPR peut prendre des : mesures de police administrative (mise en garde et mise en demeure de la banque afin de prendre, dans un délai déterminé, toutes les mesures nécessaires à sa mise en conformité avec les obligations auxquelles la banque est soumise), ainsi que des sanctions disciplinaires et pécuniaires graduées en fonction de la gravité du manquement. L'autorité de tutelle peut aussi demander la publication des sanctions et la modification ou retrait de tout document contraire aux dispositions législatives ou réglementaires en assurance-vie ou autre produits de placement ou d'épargne. Cependant, le risque d'image étant difficilement quantifiable, le régulateur ne demande pas de le prendre en compte dans le calcul des fonds propres.

CONCLUSION DE LA SECTION II

386. L'identification et l'évaluation des risques juridiques - étapes obligatoires, utiles et difficiles. Aux termes de la loi, les banques doivent mettre en œuvre une cartographie, des mesures d'évaluation, de traitement et de gestion proprement-dite des risques juridiques. C'est pour cela que dans cette section nous avons appliqué la théorie économique de gestion des risques au domaine juridique, en commençant avec la première phase d'analyse qui est celle de l'identification et de l'évaluation des incidents.

Nous avons ainsi vu l'utilité de la collecte de données : les données internes seront utilisées pour l'analyse et la quantification des incidents potentiels fréquents et les données externes permettent de combler le vide en matière d'incidents extrêmes, caractérisés par une faible fréquence, mais un fort impact financier.

Nous avons souligné les difficultés d'évaluation de la gravité et de la probabilité de survenance des risques juridiques. Dans ce contexte, nous avons montré qu'il est essentiel d'une part de tenir compte de la diversité des sanctions potentiellement applicables en matière de litiges et d'autre part de mettre en place les moyens nécessaires pour contourner l'absence des bases de données quantifiées en matière juridique.

Nous avons fait état des différentes méthodes d'analyse. Si pour les risques extrêmes, les juristes devront faire appel à la méthode des scénarios, ils devront pour les risques fréquents concevoir des fiches descriptives pour les incidents potentiels à partir des données historiques internes. Ils seront tenus d'y rapporter différentes dimensions concernant le processus concerné, les causes possibles, les conséquences potentiellement applicables, les facteurs de risques, l'estimation du volume et de la fréquence des opérations affectées, les contrôles existants. En accomplissant ce travail préliminaire, les juristes à l'appui des analystes de risques pourront ensuite envisager un suivi permanent des risques afin de déceler leur évolution, ainsi que les moyens de les maîtriser.

CONCLUSION DU CHAPITRE II

387. Nécessité d'utiliser la méthodologie générale du *risk management* pour cartographier, évaluer, traiter et gérer les risques juridiques bancaires. Dans le contexte de la réglementation en matière de fonds propres, le risque juridique bancaire représente un risque opérationnel important pour les établissements de crédit et à ce titre, il doit être, aux termes de la loi, identifié, évalué, contrôlé et suivi. Cette obligation légale impose par voie de conséquence une nouvelle approche du risque juridique bancaire, à l'aune de la théorie économique de gestion des risques.

L'objet de ce chapitre a été de montrer la philosophie et les concepts fondateurs de cette discipline, tout en soulignant leur applicabilité dans le domaine des risques juridiques bancaires.

Si dans ce chapitre, nous avons concentré notre attention sur les fondamentaux, et notamment sur la première phase de la connaissance des risques juridique, nous allons voir dans la deuxième partie de notre étude les autres deux grandes phases de la gestion des risques, à travers notamment l'étude des risques juridiques entraînés par le non-respect des obligations d'information, de mise en garde et de conseil du banquier à l'égard de sa clientèle particulière.

CONCLUSION DU TITRE II

388. Double objectif. La finalité de ce titre a été double : la détermination des enjeux et de la méthodologie générale de la gestion des risques juridiques bancaires.

389. Les grands enjeux. La crise financière qui, à partir de 2008, a bouleversé l'économie en général et le monde bancaire et financier en particulier, a mis en évidence l'importance cruciale de la surveillance et de la solvabilité des établissements de crédit. Or, ces deux problématiques représentent en effet les grands enjeux de la maîtrise des risques bancaires. Nous avons vu que les autorités de contrôle compétentes veillent sur l'adéquation des fonds propres aux risques encourus par les établissements de crédit. Dès lors, la gestion du risque opérationnel dont le risque juridique fait partie intégrante, fait l'objet d'un contrôle minutieux de la part des autorités de surveillance. Ainsi, les défauts de contrôle interne ou les défaillances en matière d'identification, évaluation, traitement ou gestion des risques juridiques peuvent se traduire par des sanctions disciplinaires et pécuniaires ayant un impact à la fois financier et d'image. De surcroît, dans le contexte de la couverture de ces risques par des fonds propres, nous avons montré que pour les banques, encouragées à adopter des méthodes de calcul internes plus sensibles au risque, la gestion des risques opérationnels n'est pas seulement une exigence légale, mais aussi une condition décisive de compétitivité et de performance.

390. Application de la méthodologie générale du *risk management* en matière des risques juridiques. Nous avons montré que le risque juridique, à l'instar des autres risques bancaires, peut être analysé à l'aune de la théorie de la gestion des risques qui permettrait notamment de maîtriser au mieux les risques majeurs et allouer les fonds nécessaires à leur couverture, d'accroître la capacité d'anticiper et de réagir aux problèmes constatés lors des cartographies des risques, et enfin ouvrir la possibilité d'accepter ou refuser des risques mesurés.

CONCLUSION DE LA PREMIERE PARTIE

Au terme de cette première partie, nous avons déterminé la notion du risque juridique bancaire, ainsi que les enjeux et la méthodologie générale de sa gestion, à la lumière des principes de la théorie économique de gestion des risques (*risk management*). Ce travail est nécessaire si l'on souhaite dans un deuxième temps traiter de la gestion du risque lié à une obligation juridique particulière, en l'occurrence les obligations d'informations, de conseil et de mise en garde.

391. Risque juridique bancaire – composante majeure du risque opérationnel. Nous avons vu à quel point il est difficile de définir une notion aussi complexe que celle du risque juridique. Multidimensionnel et à géométrie variable, le risque juridique bancaire est une composante majeure des risques opérationnels. Or la gestion des risques opérationnels est au cœur des préoccupations bancaires et nombre de pertes bancaires d'un montant impressionnant ont mis en lumière le fait que tant les défaillances des procédures internes, du personnel et systèmes internes, que les circonstances externes peuvent entraîner des conséquences dommageables exceptionnelles, parfois plus importantes que la mauvaise gestion du risque de crédit ou de marché. Cette affirmation prend encore plus de force lorsqu'on pense à la faillite de la Barings, une banque à longévité exceptionnelle (233 ans), provoquée par un trader à cause des défaillances dans l'organisation du contrôle interne et à l'affaire Kerviel qui a coûté à la Société Générale 4,9 milliards d'euros en 2008, mettant en cause encore une fois les procédures de contrôle interne.

392. Contrôle bancaires et fonds propres. Dans le contexte des pertes importantes des banques au titre de leur risque opérationnel⁶³⁴, et afin d'améliorer la stabilité financière et la solvabilité des banques internationales, le Comité de Bâle a recommandé de soumettre les banques d'une part, à une surveillance accrue de la part des autorités compétentes, et d'autre part, à deux obligations intimement liées : une obligation d'allouer des fonds propres pour la couverture des risques opérationnels et une obligation afférente de prévention et gestion de ces risques. Ces recommandations ont été reprises par la législation européenne et nationale. Ainsi on parle d'une véritable obligation légale de gestion des risques opérationnels, y compris juridiques, qui s'accompagne des obligations accessoires en matière de contrôle interne, de collecte de données, de mise en place des procédures internes de traitement et gestion.

Nous avons ainsi vu que la maîtrise des risques juridiques est une problématique indissociable de celle du contrôle bancaire de la part des autorités de tutelle et du calcul du capital

⁶³⁴ Plusieurs études menées dans le contexte des travaux relatifs aux accords dits « Bâle II » ont constaté des pertes importantes, estimées à plus de 200 milliards de dollars US sur la période 1980-2000 au titre du risque opérationnel, qui à l'époque n'entraient pas dans le calcul des fonds propres, ne faisant pas l'objet d'un suivi spécifique de gestion des risques : Voir en ce sens BCBS, Risk Management Group, *The Quantitative Impact Study for Operational Risk: Overview of Individual Loss Data and Lessons Learned*, January 2001; disponible sur <http://www.bis.org/bcbs/qisopriskresponse.pdf> (page consultée le 26 avril 2011).

règlementaire. La figure suivante met en lumière l'interconnexion entre la connaissance des risques et le calcul des fonds propres nécessaires.

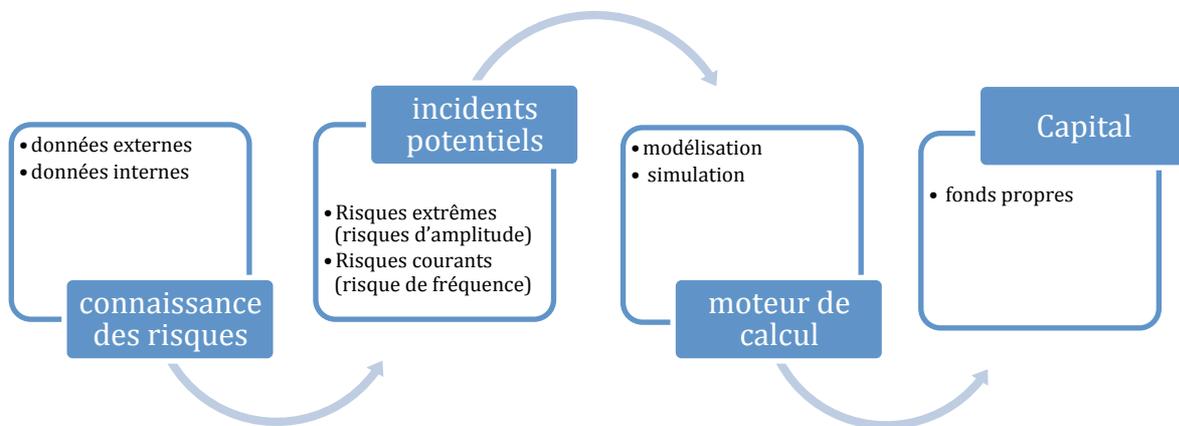


Figure n° 12 : Gestion des risques et fonds propres

393. Risk management et risques juridiques bancaires. Nous avons constaté, au terme de cette première partie, que la discipline économique de gestion des risques implique tout d'abord une approche originale du concept du risque juridique. Dans ce contexte il convient de rappeler que la réglementation en matière de fonds propres exige que le risque juridique soit cartographié, évalué, traité et suivi, car le capital réglementaire couvre seulement les pertes inattendues, c'est-à-dire seulement les incidents potentiels qui sont construits à partir des données internes et externes⁶³⁵.

394. Annonce du plan. Forts des enseignements tirés de cette première partie, nous allons les appliquer maintenant aux obligations d'information, de mise en garde et de conseil du banquier à l'égard de sa clientèle particulière. (Deuxième Partie).

⁶³⁵ Voir *supra* n° 356.

Deuxième partie : Application de la méthodologie de la gestion des risques aux obligations d'information, de mise en garde et de conseil du banquier

395. Spécificités de la deuxième partie. Si la première partie a été consacrée à l'étude de la gestion des risques, la deuxième partie renoue avec la tradition civiliste, en appliquant les enseignements tirés de la partie précédente aux obligations d'information, de mise en garde et de conseil. Structurellement, notre raisonnement se déroulera suivant deux axes. En partant de l'examen des raisons d'être des obligations d'information, de mise en garde et de conseil du banquier à l'égard de sa clientèle particulière, nous montrerons leur double effet, de contrainte et bouclier. Nous procéderons ensuite à une analyse de leur régime juridique et des risques auxquels s'exposent les établissements qui les méconnaissent, pour enfin aboutir à la conclusion qu'elles représentent des instruments juridiques qui peuvent contribuer à une meilleure maîtrise du risque opérationnel bancaire.

Notre sujet d'étude est étroitement lié à la problématique de l'information et de la transparence en droit bancaire. Ainsi, il est utile de souligner que, dans ce domaine, l'information a un statut privilégié, étant d'une certaine manière la pièce maîtresse du droit bancaire, se trouvant au fondement des obligations enracinées dans la profession, telles que les obligations de confidentialité, de renseignement, de mise en garde et de conseil. Si la protection des informations est, par sa nature même, spécifique aux métiers bancaires, il n'en demeure pas moins que, ces dernières décennies, le banquier s'est vu contraint de renseigner, mettre en garde et conseiller son client consommateur ou utilisateur de services bancaires et financiers. L'information prend ainsi une dimension très particulière en la matière, sous l'influence directe du droit de la consommation et du droit de la concurrence, mais également grâce à l'œuvre prétorienne construite à partir du droit commun des contrats.

En outre, nous allons voir que les obligations d'information, de mise en garde et de conseil qui incombent au banquier, présentent une ambivalence, en protégeant à la fois le bon fonctionnement du marché et la clientèle particulière.

396. Annonce du plan. Dans le premier titre, nous chercherons dans la pensée philosophique et économique d'ordre libéral, ainsi que dans l'évolution de la pensée juridique et sociale, les prémisses de la double finalité de ces trois obligations, soit la protection à la fois du bon fonctionnement du marché et des clients. (Titre I). Dans le deuxième titre, après l'analyse du contenu des obligations d'information, de mise en garde et de conseil et des risques qui leur sont associés, nous montrerons que ces trois obligations sont des instruments au service d'une meilleure maîtrise des risques juridiques bancaires (Titre II).

Titre I

Fondements économiques, juridiques et sociaux

397. Données économiques, sociales et juridiques dans le développement des obligations d'information, de mise en garde et de conseil. Nous nous proposons de comprendre les raisons d'être et les facteurs qui ont conduit au développement des obligations d'information, de mise en garde et de conseil du banquier envers sa clientèle particulière. Nous allons en particulier analyser comment la doctrine de l'économie du marché d'une part et le souci moral de protection des faibles face aux excès des plus forts d'autre part ont encouragé la consécration législative et judiciaire d'importantes obligations, adossées à une véritable culture de transparence en droit bancaire. A cet effet, il nous paraît opportun d'analyser l'essor de ces trois obligations à la lueur des différentes idées philosophiques et économiques libérales. Ensuite, nous mettrons en exergue la symbiose des données économiques, sociales et juridiques dans le développement de ces instruments dans le domaine bancaire. Ce lien se reflète pleinement dans la nature bipolaire de leurs fondements: la réalisation d'un marché fonctionnel libre et concurrentiel et la protection du consentement des parties, et donc, implicitement, la préservation du dogme de l'autonomie de la volonté des contractants⁶³⁶.

398. Plan. A cette fin, nous évoquerons tout d'abord les fondements économiques (Chapitre I^{er}) et ensuite les fondements socio-juridiques (Chapitre II). Au terme de ce premier titre, nous verrons que le droit des contrats bancaires est à son tour l'expression d'une politique inspirée par une philosophie, par un courant d'idées et d'aspirations libérales et sociales.

⁶³⁶ La doctrine évoque souvent ces deux finalités à l'égard des dispositions du droit de la consommation. Voir en ce sens : TH. BOURGOIGNIE, *Eléments pour une théorie du droit de la consommation au regard des développements du droit belge et du droit de la Communauté économique européenne*, Edition Story Scientia, Bruxelles, 1988, pp. 63-125 ; S. VIGNERON-MAGGIO-APRILE, *L'information des consommateurs en droit européen et en droit suisse de la consommation*, Bruylant / Schulthess, Bruxelles, 2006, pp. 5-35 ; E. POILLOT, *Droit européen de la consommation et l'uniformisation du droit des contrats*, LGDJ, 2006, p. 93 et ss. ; N. SAUPHANOR-BROUILLAUD *et al.*, *Les contrats de consommation. Règles communes*, LGDJ, coll. Traité de droit civil sous la direction de J. GHESTIN, 2013, p. 3 et ss. ; ouvrage collectif *Regards croisés sur les enjeux contemporains du droit de la consommation*, sous la direction de Th. BOURGOIGNIE, éd. Yvon Blais, Canada, 2006 (textes de conférences).

Chapitre I

Fondements économiques

399. Obligations d'information, de mise en garde et de conseil et le bon fonctionnement du marché. Les obligations d'information, de mise en garde et du conseil du banquier, par leur nature même, se prêtent idéalement à une approche mixte, à la fois juridique et économique. Alors que la question des fondements des obligations d'information, de mise en garde et de conseil du banquier est souvent limitée par la doctrine aux aspects moraux de ces devoirs, la transparence entre les contractants est une question qui occupe une position importante dans la pensée économique libérale, dès l'âge classique.⁶³⁷ Alors que des auteurs présentent souvent l'obligation d'information comme « *l'une des manifestations de cet esprit de solidarité qui caractérise notre époque, par réaction contre l'individualisme du XIX^{ème} siècle* »⁶³⁸, nous montrerons qu'elle est aussi l'expression de l'esprit économique libéral. Le même raisonnement vaut également pour les obligations de mise en garde et de conseil, qui se sont récemment émancipées de la tutelle de l'obligation d'information. En effet, ces instruments juridiques sont un corollaire nécessaire de la concurrence, étant censés combattre les effets négatifs des défaillances du marché. Sur le marché européen, la libéralisation des échanges, des capitaux et des services a été accompagnée du renforcement de l'information des parties. Dans ce chapitre, nous allons montrer que la finalité initiale des obligations d'informations, de mise en garde et de conseil du banquier est le bon fonctionnement du marché, s'inscrivant ainsi dans une perspective libérale.

400. Transparence et pensée économique libérale. Ainsi, nous verrons que nous sommes en face d'une réalité juridique et économique complexe où les principes libéraux, loin d'être morts ou mourants, ont survécu à l'ombre de la réglementation qui a pour but la constitution d'un marché fonctionnel. Pour ce qui est des exigences de transparence, il se trouve que cette notion est toujours d'actualité, la crise économique d'origine financière ne faisant qu'amplifier le besoin d'une information accrue des agents économiques et des autorités de contrôle à échelle internationale. La transparence est loin d'être une notion nouvelle pour la pensée économique. En effet, depuis Kant et Smith les références philosophiques à l'importance du libre consentement, de la liberté de l'initiative individuelle, de la condamnation des mensonges et des comportements non-sincères ont servi aux économistes libéraux les prémisses pour la construction du concept de la concurrence pure et parfaite, état

⁶³⁷ Voir J.B. POULLE, *La régulation par l'information en droit des marchés financiers*, LPA, n°15, janvier 2009 ; TH. BOURGOIGNIE, *Éléments pour une théorie du droit de la consommation au regard des développements du droit belge et du droit de la Communauté économique européenne*, Story Scientia, Bruxelles, 1988, pp. 63-125 ; S. VIGNERON-MAGGIO-APRILE, *L'information des consommateurs en droit européen et en droit suisse de la consommation*, Bruylant / Schulthess, Bruxelles, 2006, pp. 5-35 ; E. POILLOT, *Droit européen de la consommation et l'uniformisation du droit des contrats*, LGDJ, 2006, p. 93 et ss. ; N. SAUPHANOR-BROUILLAUD, E. POILLOT, C. AUBERT DE VINCELLES et G. BRUNAUX, *Les contrats de consommation. Règles communes*, J. GHESTIN (dir.), *Traité de droit civil*, LGDJ, 2013, p. 3 et ss. ; TH. BOURGOIGNIE et al., *Regards croisés sur les enjeux contemporains du droit de la consommation*, Yvon Blais, Canada, 2006 (textes de conférences).

⁶³⁸ M. DE JUGLART, « L'obligation de renseignements dans les contrats », *RTD civ.*, 1945, p. 1.

idéal du marché fondé sur la notion de transparence absolue. D'ailleurs, à une plus grande échelle, la société ouverte⁶³⁹ de type libéral est censée être gouvernée par la libre concurrence et donc implicitement par la transparence.

401. Plan. Nous présenterons tout d'abord les éléments essentiels de la pensée libérale (Section I), et ensuite nous nous appliquerons à montrer que ces obligations sont des instruments de correction des imperfections du marché (Section II).

Section I : Du libéralisme classique à la doctrine économique du marché fonctionnel

402. Philosophie et économie. Pour que les esprits soient préparés à une conception économique libérale impliquant l'éloge de l'harmonie économique spontanée, du libre-échange et de la liberté d'entreprendre dont la force motrice se trouve dans l'intérêt privé, voire égoïste de chacun, il a fallu tout d'abord un terrain intellectuel favorable à une telle approche. En témoigne le fait que les fondateurs du libéralisme économique avaient presque tous une forte formation philosophique⁶⁴⁰.

A vrai dire, la différence entre philosophes et économistes n'avait pas de sens au XVII^e et XVIII^e siècle. A titre d'exemple, le philosophe John Locke est aussi l'auteur des *Considérations sur les conséquences de la diminution de l'intérêt et de l'augmentation de la valeur de l'argent* en 1689, Hume⁶⁴¹ s'intéressait à la fois aux questions de philosophie et de l'économie et Adam Smith est certainement l'exemple classique d'un philosophe qui s'est fait économiste⁶⁴². Lorsqu'il a rédigé la *Richesse des nations*, il était déjà imprégné des idées des Encyclopédistes français, des écrits politiques de Montesquieu, Voltaire, Diderot ou Rousseau et des idées économiques de Quesnay et autres libéraux français.

Par conséquent, on ne sera donc pas surpris de voir parmi les pionniers de l'analyse économique des grands noms de la philosophie classique et notre intention de montrer

⁶³⁹ Karl POPPER notamment a illustré l'importance de la concurrence dans tous les niveaux d'une société. Il a défendu en politique la « société ouverte », libérale, définie comme société étendant à la totalité du champ social le principe de mise en concurrence d'une pluralité d'offres (politiques, morales ou économiques).

⁶⁴⁰ Peut-être à la seule exception notable de David Ricardo (1772-1823), fils d'un financier avisé, qui a travaillé sous la direction de son père dès l'âge de quatorze ans à la bourse de Londres. Sans suivre un parcours universitaire, en vraie autodidacte il a réussi à transposer dans la théorie sa pratique des affaires, étant l'auteur de l'œuvre théorique la plus formelle de l'école classique. Voir en ce sens la préface de P. DOCKES in D. RICARDO, *Principes de l'économie politique et de l'impôt*, Flammarion, 1971.

⁶⁴¹ Par ailleurs l'un des amis proches d'Adam Smith.

⁶⁴² Suivant dès son jeunesse les enseignements du philosophe écossais Hutcheson il a entamé ensuite six années d'études à Oxford dans le domaine de la littérature et de la philosophie. Avant de rédiger la *Richesse de nations* de 1776 à 1777, Adam SMITH, à l'âge de trente ans, était chargé de la chaire de logique et de philosophie morale à l'Université de Glasgow. La morale était au XVIII^e siècle un domaine très vaste allant de la théologie à l'éthique et de fiscalité à la politique, voir l'art. de L. JAFFRO, « Francis HUTCHESON (1694-1746) : des bons sentiments au calcul de l'utilité » in A. CAILLE, Ch. LAZZERI, M. SENELLART (dir.), *Histoire raisonnée de la philosophie morale et politique. Le bonheur et l'utile*, La Découverte, 2001.

brièvement l'influence des Lumières sur la conception économique de type libéral ne serait qu'encore plus légitime.

§1 Considérations introductives

403. Ambigüité terminologique. A l'origine un simple courant polémique minoritaire, le libéralisme s'est développé dans sa forme classique dans l'Angleterre du XVII^{ème} siècle en étroite liaison avec les forces hostiles aux tendances « absolutistes » et « pro-catholiques » des Stuart⁶⁴³. C'est vers le milieu du XIX^{ème} siècle que le terme « libéral » s'enrichit d'une nouvelle signification à connotation constitutionnelle et politique. On retrouve cette nouvelle sémantique tout d'abord en Espagne, dans l'assemblée de Cortès, « où s'affrontent les traditionnalistes, désignés comme "constitutionnalistes historiques", et les radicaux, admirateurs de la Révolution française, qui se baptisent libéraux, désignés comme « constitutionnalistes libéraux ». Ensuite, en France, à partir des années 1820, le terme désigne l'opposition parlementaire modérée à la politique autoritaire de la Restauration et en Angleterre, les *whigs*, situés traditionnellement à la gauche des *tories* conservateurs, adoptent le nom de « *liberals* »⁶⁴⁴. Par conséquent, les libéraux, malgré les idées reçues, tant en Grande Bretagne qu'en Europe ont été situés, à l'origine du courant, à gauche sur l'échiquier politique. Pour ce qui est des Etats Unis, étant donné que le socialisme n'a jamais eu un vrai poids politique, il apparaît que les libéraux, même à ce jour, sont assimilés à « la gauche ».⁶⁴⁵

404. Diversité des catégories. L'évolution des enjeux politiques et l'importance de plus en plus grande accordée aux questions économiques, sociales et juridiques a contribué à l'apparition de plusieurs sortes de libéralismes : philosophique, économique et politique. Cependant cette distinction n'est pas non plus très claire, car parfois la frontière entre les sous-divisions du libéralisme est floue parce que les trois branches du libéralisme se retrouvent autour de quelques thèmes principaux : la liberté, la libre concurrence⁶⁴⁶, l'égalité, la rationalité de l'individu, le respect des droits fondamentaux de l'individu, les limites de l'intervention de l'Etat, etc.

⁶⁴³ Voir en ce sens PH. RAYNAUD, « Libéralisme », in P. RAYNAUD et S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de philosophie politique*, PUF, 2005.

⁶⁴⁴ B. BACHOFEN, « Introduction. Le libéralisme et la question du droit », in B. BACHOFEN (dir.), *Le libéralisme au miroir du droit. L'Etat, la personne, la propriété*, ENS Editions, Lyon, 2008, pp. 7-8.

⁶⁴⁵ J. A. SCHUMPETER, *Histoire de l'analyse économique*, III^{ème} partie, chap. II, trad. sous la direction de J. C. Casanova, Gallimard, 1983, vol. II, p. 30-31 ; L. HARTZ, *Histoire de la pensée libérale aux Etats-Unis*, Economica, 1995 ; A. LAURENT, *Le libéralisme américain. Histoire d'un détournement*, Les Belles Lettres, 2007, p. 27-28 ; 45-46, 51, 57 ; M. GAUCHET, *La crise du libéralisme*, Gallimard, 2007, p. 10 et 189

⁶⁴⁶ C'est ainsi que fait remarquer à titre d'exemple J. A. SCHUMPETER, *op.cit.*, p. 30-31 que la problématique de la concurrence occupe une place importante dans les deux acceptions, politique et économique, d'une part pour la construction de la démocratie et d'autre part pour le bon fonctionnement du marché. Karl POPPER a illustré à son tour l'importance de la concurrence dans tous les niveaux d'une société. Il a défendu en politique la « société ouverte », libérale, définie comme société étendant à la totalité du champ social le principe de mise en concurrence d'une pluralité d'offres (politiques, morales ou économiques).

405. Libéralisme philosophique. Le libéralisme est avant tout un courant philosophique. D'ailleurs, les deux autres élaborations, tant politique, qu'économique, puisent leurs racines dans la pensée des philosophes libéraux. La richesse du sujet ne nous permet pas d'entrer dans les détails, ce qui, d'ailleurs, n'est pas l'objet de notre étude. Notre démarche sera bien plus modeste. Nous nous proposons seulement de mettre en lumière quelques aspects qui anticipent le choix économique de la protection du consentement par le biais d'une meilleure information des contractants.

Dans les deux grandes orientations de la philosophie libérale, rationaliste et celle dite de « *moral sense* » ou écossaise, dont les plus grands représentants sont Hume, Mandeville et Smith, l'*individu* se trouve dans un rapport permanent avec *les autres* individus. Chez Adam Smith, la liberté individuelle est limitée par l'approbation ou la désapprobation du « *spectateur impartial* » qui devient une sorte de gardien de la règle à suivre. Ainsi, dans la vision libérale, la société formée des individus libres et sociables, sait ce qu'elle veut et peut faire ce qu'elle veut grâce à la force régulatrice de « la main invisible » et grâce à « la loi d'opinion » qui suppose que l'homme exerce sa liberté dans une référence permanente aux jugements des autres⁶⁴⁷. La place accordée au besoin d'estime d'autrui par les fondateurs de la théorie économique anticipe et fournit les prémisses du développement ultérieur du concept de la confiance sur le terrain juridique, qui expliquerait la force obligatoire du contrat ou bien le lien étroit entre la confiance des acteurs économique et le bon fonctionnement du marché⁶⁴⁸.

Nous trouvons utile de souligner que la pensée philosophique du XVII^{ème} et XVIII^{ème} a opéré des déplacements successifs sur des concepts tabous chez les Chrétiens, tels que l'amour de soi, source d'égoïsme⁶⁴⁹, répréhensible, car accompagnant l'orgueil qui sépare l'homme de Dieu et de ses semblables. Ils ont construit leur raisonnement en deux temps. Tout d'abord, ils se sont appuyés sur les effets positifs de l'amour propre, en montrant qu'il est le moteur essentiel de l'action de chaque individu en quête de bonheur et des moyens qui y conduisent. Ensuite, ils ont montré que l'amour propre arrive paradoxalement à diminuer, voire à annihiler ses effets négatifs, car ceux qui en souffrent cherchent, certes, la satisfaction de leurs besoins strictement matériels, de domination aux dépens des autres, mais aussi la satisfaction de leur besoin d'estime d'autrui, de bonne réputation dans la société. Ce conflit entre deux

⁶⁴⁷ C'est dans ce sens que l'économie d'Adam Smith présente un idéal moral et politique. Voir notamment M. BIZIOU, *Adam Smith et l'origine du libéralisme*, PUF, 2003.

⁶⁴⁸ Dans la *common law* on explique la force obligatoire des contrats par la confiance légitime des parties auxquelles la promesse a été faite. Il s'agit de la théorie de *reliance*, des attentes légitimes ou de la confiance légitime. Mais cette analyse a pénétrée aussi dans le droit continental : en droit italien, français et allemand. Sur la confiance, voir notamment : C. MARECHAL, « *L'estoppel* à la française consacré par la Cour de cassation comme principe général de droit », *D.* 2012, chron., 167 ; V.-L. BENABOU et M. CHAGNY, *La confiance en droit privé des contrats*, Dalloz, 2008 ; S. CALMES, *Du principe de protection de la confiance légitime en droit allemand, communautaire et français*, Dalloz, 2001 ; En droit belge : X. DIEUX, *Le respect dû aux anticipations légitimes d'autrui. Essai sur la genèse d'un principe général du droit*, Bruylant, LGDJ, 1995, préf. M. HANOTIAU, av.-pr. P. VAN OMMESLAGHE ; A. MEISNERTZHAGEN-LIMPENS, *La reliance dans le droit de la common law des contrats*, in Mélanges P. Van Ommeslaghe, Bruylant, 2001.

⁶⁴⁹ Pour la conception des philosophes chrétiens les mots de l'*Ecclésiaste*, 10, 13-14 sont révélateurs : « le commencement de l'orgueil de l'homme est de se détourner de Dieu » et « le commencement de tout péché est l'orgueil ».

tendances antagoniques de l'amour de soi, à l'aide de la raison⁶⁵⁰ ou par un mécanisme d'autorégulation, conduit finalement à un équilibre entre des intérêts différents. Ce fut ainsi pour les moralistes français des Lumières (Nicole, Domat, Malenbranche, Bayle...), mais également pour Hume et Smith de l'autre côté de la Manche.⁶⁵¹ Nous pouvons y voir la justification philosophique du concept de la « main invisible » de Smith et de la théorie de l'équilibre spontané des marchés.

Un autre déplacement est la relation d'interdépendance entre les notions d'utilité, de justice et de bien-être pour le plus grand nombre d'individus. Ainsi, pour de nombreux philosophes libéraux, dont Spinoza et Hutcheson - professeur de philosophie d'Adam Smith à l'Université de Glasgow, la meilleure action est celle qui procure le plus grand bonheur au plus grand nombre, et la plus mauvaise est par voie de conséquence celle qui provoque la misère⁶⁵². « *Quand chaque homme cherche le plus ce qui lui est utile à lui-même, alors les hommes sont les plus utiles les uns aux autres* »⁶⁵³. Cette idée sera exploitée et développée plus tard par Jeremy Bentham (1748-1832), auteur de la *Théorie des peines et des récompenses*, qui a placé le principe d'utilité au cœur même de la vie morale et juridique. Pour les utilitaristes, les hommes étant rationnels, il est juste de rechercher le « *plus grand*

⁶⁵⁰ L'homme tout en recherchant son intérêt propre, éclairé par la raison et conduit par son besoin d'appréciation d'autrui, réussit à le composer avec celui des autres. C'est en tout cas le point de vue de moraliste français NICOLE. Cependant, LA ROUCHEFOUCAUD, n'y croit pas dans la suprématie de la raison sur la passion avide de l'amour propre. Et alors, tout en défendant la même conclusion de préservation d'un intérêt collectif via la satisfaction des intérêts égoïstes, il propose une autre explication de ce petit « miracle » : c'est l'habileté, la capacité de contrebalancer des intérêts, d'établir des priorités et la peur d'être rejeté par les autres qui justifient l'équilibre entre ses sentiments contradictoires. Pour des plus amples explications voir l'art. CH. LAZZARI, « Les moralistes français du XVIIe siècle : la suprématie de l'amour-propre et de l'intérêt », in A. CAILLE, Ch. LAZZERI, M. SENELLART (dir), *Histoire raisonnée de la philosophie morale et politique. Le bonheur et l'utile, op.cit.*, pp. 293 - 303.

⁶⁵¹ Chez Emmanuel Kant (1724-1804) c'est un autre concept, plus complexe, qui explique finalement la même chose : c'est la célèbre « insociable sociabilité » - un moyen dont la nature se sert pour créer une harmonie à partir des intérêts antagoniques. « J'entends ici par antagonisme l'insociable sociabilité des hommes, c'est-à-dire leur inclination à entrer en société, inclination qui est cependant doublée d'une répulsion générale à le faire, menaçant constamment de désagréger cette société. L'homme a un penchant à s'associer, car dans un tel état, il se sent plus qu'homme par le développement de ses dispositions naturelles. Mais il manifeste aussi une grande propension à se détacher (s'isoler), car il trouve en même temps en lui le caractère d'insociabilité qui le pousse à vouloir tout diriger dans son sens ; et, de ce fait, il s'attend à rencontrer des résistances de tout côtés, de même qu'il se sait par lui-même incliné à résister aux autres. C'est cette résistance qui éveille toutes les forces de l'homme, le porte à surmonter son inclination à la paresse, et, son impulsion de l'ambition, de l'instinct de domination ou de cupidité, à se frayer une place parmi ses compagnons qu'il supporte de mauvais gré, mais dont il ne peut pas se passer. L'homme a alors parcouru les premiers pas, qui de la grossièreté le mènent à la culture dont le fondement véritable est la valeur sociale de l'homme ; c'est alors que se développent peu à peu tous ses talents, que se forme le goût, et que même, cette évolution vers la clarté se poursuivant, commence à se fonder une forme de pensée qui peut avec le temps transformer la grossière disposition naturelle au discernement moral en principes pratiques déterminées. (...) Remercions donc la nature pour cette humeur peu conciliante, pour la vanité rivalisant l'envie, pour l'appétit insatiable de possession ou même de domination. Sans cela toutes les dispositions naturelles excellentes de l'humanité seraient étouffées dans un éternel sommeil. (...) » : E. KANT, « Idée d'une histoire universelle du point de vue cosmopolitique », in *Opuscules sur l'histoire*, Flammarion, 1990, pp. 74-77.

⁶⁵² E. PICHET, *Adam Smith, le père de l'Economie*, Les Editions du Siècle, Chatou, France, 2003, p. 39.

⁶⁵³ SPINOZA, *Traité théologico-politique* (1670) in M. BASLE, *Histoire des pensées économiques, Les fondateurs*, 1^{er} volume, Sirey, 1988, p.11.

bonheur pour le plus grand nombre avec le moins de peine possible »⁶⁵⁴, ce qui veut dire que pour eux une société juste maximise l'utilité (le bien-être) de la somme de ses membres. Le principe d'utilité s'érige aux yeux de Bentham dans le fondement de tout système législatif, car il est apte à classer les institutions, à créer des politiques législatives via un calcul des plaisirs et des douleurs, en fonctions de quelques critères bien déterminés : l'intensité, la durée, la certitude, la proximité, le nombre de personnes concernées, etc.⁶⁵⁵. Bien que de nombreux philosophes aient contesté les conséquences morales de l'application exclusive d'un calcul utilitariste, la pensée de Bentham a nourri le libéralisme économique en lui donnant l'un des principes fondamentaux. Les limites de l'utilitarisme se font très visibles lorsqu'il est mis en corrélation avec l'idée de Justice et avec la Morale. Si tout ce qui est moral est utile, tout ce qui est utile n'est pas en revanche forcément juste ou moral. C'est la principale critique faite à l'utilitarisme. Mais ce n'est pas la seule. L'utilitarisme finit par produire des laissés pour compte, qui seront sacrifiés pour le bonheur des plus nombreux. Cela est par exemple inacceptable y compris pour des penseurs libéraux, tels que les libéraux solidaristes comme Rawls.

406. Libéralisme économique. L'approche économique libérale classique est souvent présentée comme la synthèse de la fameuse expression « *laissez faire les hommes, laissez passer les marchandises* »⁶⁵⁶, prônant l'harmonie des intérêts individuels. Dans la lignée d'Adam Smith, tous les économistes libéraux, indépendamment de l'école à laquelle ils appartiennent, considèrent que le mécanisme du marché repose sur trois piliers : la liberté, l'égalité et l'utilité de l'intérêt privé honnête. Le marché est une confrontation d'offres et de demandes qui permet de fixer librement un prix⁶⁵⁷. Ce marché de type libéral ne peut exister que dans un système politique laissant la libre initiative à ses citoyens, donc il repose sur une structure politique démocratique. D'après les pères fondateurs, « *le travail est l'origine de toute création de richesses, l'économie repose sur l'existence d'un processus de décision libres entre individus autonomes, appelé le marché ; l'intérêt des hommes, ou self love, fait que ce processus aboutit au meilleur développement possible des richesses, mécanisme décrit au travers de la métaphore de la main invisible* »⁶⁵⁸.

Cette croyance en l'existence d'un ordre social spontané et dans les bienfaits de l'autorégulation (sociale et économique), tout comme la conception d'un Etat qui doit intervenir le moins possible dans les relations économiques⁶⁵⁹ semble avoir fait du libéralisme

⁶⁵⁴ J. GHESTIN, « L'utile et le juste dans les contrats », *D.* 1982, Chron. I, p. 4.

⁶⁵⁵ Voir J.-P. CLERO, « Jeremy Bentham (1748-1832) et le principe d'utilité », in A. CAILLE, C. LAZZERI, M. SENELLART, *Histoire raisonnée de la philosophie morale et politique. Le bonheur et l'utile, op.cit.*, pp. 492-498.

⁶⁵⁶ L'expression date du milieu du XVIIIe siècle et est attribuée à Vincent de Gournay

⁶⁵⁷ V. CHAROLLES, *Le libéralisme contre le capitalisme*, Fayard, 2006, p. 82 présente l'analogie entre le marché libre et la démocratie d'une manière simple et convaincante.

⁶⁵⁸ V. CHAROLLES, *idem*, p. 83.

⁶⁵⁹ V. VALENTIN, *Les conceptions néo-libérales du droit*, *Economica*, 2002, p. 7 : « Depuis ses origines, le libéralisme repose ainsi sur une tension entre deux convictions : tout pouvoir est liberticide ; il faut un Etat pour garantir les droits que le pouvoir (ou l'anarchie) menace. La difficulté est alors de constituer un Etat qui ne soit pas un lieu de pouvoir. Fondateur de l'autonomie de la société civile, le libéralisme

politique « *un support de la démocratie* » et du libéralisme économique « *un support du capitalisme* »⁶⁶⁰.

407. Diversité des théories économiques. De Smith à Hayek, de Sismondi à Nozick, la diversité des théories et des analyses politiques et économiques s'avère déroutante. Pour autant, faut-il déduire une contradiction de cette diversité ? Loin de là. Il semble que les idéaux et les moyens de libéralisme⁶⁶¹ varient puisque les circonstances varient également. Ce serait au contraire leur uniformité qui serait choquante, qui démontrerait leur inadéquation à un monde qui change en permanence. Leurs divergences résultent principalement du fait que la réponse apportée à un ensemble de problèmes décisifs d'ordre politique, juridique et économique s'inscrit dans un contexte historique. Cette diversité s'explique aussi par le fait que « *l'opportunité est toujours chose relative. Le médecin ne se contredit pas, lorsque, d'après l'état différent du patient, il ordonne aujourd'hui ce qu'il défendait hier.* »⁶⁶² En revanche, l'unité du libéralisme résulte des traits presque identiques des fins poursuivies par les auteurs libéraux. Les libéraux, à des époques différentes et devant des problématiques différentes se sont montrés plus constants sur les fins à poursuivre que sur les moyens. Ce qui est logique, car l'homme en général « *se trompe moins sur les fins indispensables à poursuivre que sur les moyens, car, si, en visant un but par de mauvais procédés, on l'atteint imparfaitement, il serait bien étonnant que l'on atteignît sans le viser* »⁶⁶³.

408. Délimitation du sujet. Il ne s'agit pas toutefois de faire un historique de cette riche pensée. Nous allons concentrer notre analyse sur les courants de la théorie économique libérale qui peuvent nous aider à comprendre les raisons économiques du développement des outils d'intervention de type informationnel en faveur des consommateurs en général et des clients des produits et services bancaires en particulier. A cet effet, nous limitons notre incursion dans la doctrine économique libérale aux classiques et néo-classiques, en passant par les libéraux qui mettent en cause certains excès ou même des postulats des écoles précitées.

De nos jours, les techniques de protection des clients bancaires sont nombreuses. Notre étude porte seulement sur les obligations d'information, de mise en garde et de conseil, trois instruments spécifiques qui visent la protection d'un marché fonctionnel et le renforcement d'un consentement éclairé chez les clients qui en ont besoin.

Il est indéniable que la création de ces trois obligations, par voie législative et jurisprudentielle, représente une réaction juridique aux changements intervenus dans la

concède à celle-ci une puissance dans le domaine économique qu'il s'agit d'anesthésier dans celui du politique ».

⁶⁶⁰ V. VALENTIN, *idem*, p. 6.

⁶⁶¹ Comme dirait B. BACHOFEN il y a « *autant de libéralismes qu'il y a des libéraux* » Voir B. BACHOFEN, « Introduction. Le libéralisme et la question du droit » *op.cit.*, p. 10.

⁶⁶² R. VON JHERING, *L'évolution du droit*, traduit sur la 3^{ème} édition allemande par O. DE MEULENAERE, Librairie A. Marescq, 1901, p. 294.

⁶⁶³ J. LAGORGETTE, *Le fondement du droit et de la morale. Fonction et genèse des idées de droit et de devoir*, Editions V. Giard & E. Brière, 1907, p. 247.

société de la consommation, marquée par le développement du crédit et la bancarisation de masse. Le choix des instruments dans le but d'assurer un consentement éclairé par une meilleure information puise ses racines dans les postulats économiques libéraux classiques et néo-classiques, et plus précisément dans la transparence du marché, condition intrinsèque de la concurrence dans l'analyse microéconomique⁶⁶⁴.

Voyons maintenant succinctement les principales théories économiques qui pourraient nous servir de justification dans le développement des instruments juridiques qui protègent la transparence du marché. Cela revient en effet à rechercher dans la diversité des théories économiques les éléments susceptibles d'expliquer l'apparition et le développement des obligations d'information, de mise en garde et de conseil du banquier à l'égard de ses clients.

A. Le libéralisme économique classique

409. Les avantages de la concurrence libre dans la conception smithienne. Adam Smith⁶⁶⁵ met en lumière pour la première fois dans l'histoire de la pensée économique les avantages qu'un pays peut retirer de l'existence d'une concurrence libre où les acteurs économiques peuvent exercer librement et individuellement une activité économique. Pour le représentant emblématique du libéralisme économique classique, la richesse d'une nation⁶⁶⁶ dépend de la propension égoïste à s'enrichir et de la division du travail qui est le principal instrument d'augmentation de la production⁶⁶⁷. Dans sa vision, il faut laisser tout individu s'enrichir, car « *en ne cherchant que son intérêt personnel, il travaille souvent d'une manière bien plus efficace pour l'intérêt de la société, que s'il avait réellement pour but d'y travailler* ». ⁶⁶⁸ En outre, il observe que l'enrichissement des individus est favorisé par la concurrence que se livrent différents acteurs économiques, car cela leur permet de se procurer les produits aux meilleurs prix et à une plus grande échelle par le libre-échange, qui conduira les pays à se spécialiser et donc à profiter de leur savoir-faire⁶⁶⁹. Smith croit qu'en recherchant leur propre

⁶⁶⁴ E. POILLOT, *Droit européen de la consommation et uniformisation du droit des contrats*, op.cit., p. 93 et ss. ; TH. BOURGOIGNIE, *Eléments pour une théorie du droit de la consommation au regard des développements du droit belge et du droit de la Communauté économique européenne*, op. cit., pp. 63-125 ; S. VIGNERON-MAGGIO-APRILE, op. cit., pp. 5-35.

⁶⁶⁵ A. SMITH (1723-1790) a étudié la littérature et la philosophie à l'université d'Oxford. Il a été influencé par les principes de l'école philosophique écossaise selon lesquels l'égoïsme pousse à la jouissance personnelle et développe l'esprit de conquête et l'altruisme aide l'individu de vivre en société. Il a rencontré en France QUESNAY et TURGOT qui l'ont, paraît-il initié à l'économie politique.

⁶⁶⁶ Voir A. SMITH, *Recherches sur la nature et les causes de la richesse des nations*, Gallimard, Folio Essais, 1990 qu'on citera dorénavant en utilisant l'abréviation le plus souvent utilisée dans la littérature de spécialité *La richesse des nations* ; Nous indiquons également que le livre dans la traduction de G. GARNIER est disponible en ligne sur le site de la Bibliothèque Nationale de France (sur le site www.bnf.fr voir la rubrique GALLICA).

⁶⁶⁷ A. SMITH, *La richesse des nations*, op.cit., p. 40 : « la division du travail, aussi loin qu'elle peut y être portée, donne lieu à un accroissement proportionnel dans la puissance productive du travail. C'est cet avantage qui paraît avoir donné naissance à la séparation des divers emplois et métiers ».

⁶⁶⁸ A. SMITH, *idem*, p. 256.

⁶⁶⁹ M. MOUNTOUSSE, *Théories économiques*, Bréal, 1999, p. 13.

intérêt, les individus œuvrent pour l'intérêt des autres, car « *chaque individu met sans cesse tous ses efforts à chercher, pour tout le capital dont il peut disposer, l'emploi le plus avantageux : il est bien vrai que c'est son propre bénéfice qu'il a en vue, et non celui de la société ; mais les soins qu'il se donne pour trouver son avantage personnel le conduisent naturellement ou plutôt nécessairement, à préférer précisément ce genre d'emploi même qui se trouve être le plus avantageux à la société.* »⁶⁷⁰. Cet équilibre s'obtient dans la vision de Smith par le biais de la « main invisible » – un processus naturel par lequel les individus obtiennent de façon non intentionnelle et inconsciente des résultats favorables à l'ensemble de la société. Certes, l'intérêt personnel du marchand est de gagner le plus possible, malgré les intérêts de l'autre contractant, même en sa défaveur. Cependant, pour accomplir son intérêt privé, tout marchand doit tenir compte du long terme. C'est de cette logique du long terme d'ailleurs que relèvent l'épargne, l'accumulation du capital et son investissement. Le marchand du succès est forcément prudent dans la mentalité smithienne. Sa prudence est élevée au grade de vertu à côté de la bienveillance, de la justice et de la maîtrise de soi. La prudence est caractérisée par la recherche tempérée de l'intérêt personnel, en opposition avec la bienveillance qui implique la recherche modérée de l'intérêt d'autrui. Le succès dépend de la faveur et de la bonne opinion de leurs prochains et de leurs égaux, et sans une conduite passablement régulière celles-ci ne peuvent être que très rarement obtenues.

410. Autolimitation du comportement opportuniste de l'agent économique. Dans cette optique, le professionnel limite lui-même son comportement opportuniste, car la probité est dans la vision d'Adam Smith la vertu d'une nation commerçante dont les membres sont soucieux de leur réputation. C'est précisément ce qui le fait croire que les compétences professionnelles réelles et solides, accompagnées d'une conduite prudente, juste, ferme et tempérée, manquent très rarement de mener au succès. Quelquefois, le succès serait emporté même là où la conduite est incorrecte. Toutefois, l'imprudence, l'injustice, la faiblesse ou la débauche habituelle terniront toujours les capacités professionnelles les plus éclatantes. Il convient de souligner que nous y trouvons les prémisses économiques du développement de la déontologie professionnelle qui a connu un grand essor ces dernières décennies notamment en matière bancaire et financière.

411. Les concepts qui expliquent l'équilibre smithien. L'ajustement à la fois naturel et nécessaire des intérêts privés et collectifs par le biais de la main invisible est tributaire de plusieurs facteurs qui dépassent la notion d'opportunisme. Adam Smith, fortement influencé par les philosophes du droit naturel, s'est proposé de découvrir les lois naturelles de l'économie, en observant minutieusement la nature humaine pour en déduire les grands principes naturels de l'économie. C'est ainsi qu'il pense que cet équilibre est possible grâce à l'affinité de l'homme avec toute autre passion d'autrui⁶⁷¹ (le concept philosophique de

⁶⁷⁰ A. SMITH, *La richesse des nations*, op.cit., p. 252-253.

⁶⁷¹ A. SMITH, *Théorie des sentiments moraux*, texte traduit par M. Biziou, C. Gautier, J.-F. Pradeau, PUF, 1999 p. 23 : « Aussi égoïste que l'homme puisse être supposé, il y a évidemment certains principes dans sa nature qui le conduisent à s'intéresser à la fortune des autres et qui lui rendent nécessaire leur bonheur, quoiqu'il n'en retire rien d'autre que le plaisir de les voir heureux. De cette sorte est la pitié ou la compassion, c'est-à-dire l'émotion que nous sentons pour la misère des autres, que nous la voyions ou que nous soyons amenés à la concevoir avec beaucoup de vivacité. » et à la p. 27 « Pitié et compassion sont des

sympathie⁶⁷²), à la prudence, à la bienveillance, à la maîtrise de soi et au besoin d'être aimé et apprécié. L'homme smithien est à la recherche, concomitamment, de la richesse pour lui-même, de l'amour et du respect de l'autrui. En fait, ces deux forces antagonistes s'avèrent finalement bénéfiques pour la société : d'une part, elles poussent l'homme à créer de la richesse, à développer l'agriculture, l'industrie et les services, à inventer et à améliorer en permanence les sciences, et d'autre part, elles l'incitent à désirer de plaire aux autres et à souffrir lorsque les regards des autres lui sont défavorables.

Par analogie, le marché est également en équilibre, étant lui aussi conduit par une main invisible⁶⁷³. Selon Smith, la plupart des échanges économiques peuvent être résumés de la manière suivante : « *Donnez –moi ce dont j'ai besoin, et vous aurez de moi ce dont vous avez besoin vous-même* »⁶⁷⁴.

412. Rôle et intervention de l'Etat. Nous devons, pour finir, souligner également le fait que Smith croyait tout comme les physiocrates français à l'importance du respect de l'ordre naturel et à la nécessaire minimisation de l'intervention de l'Etat dans l'économie⁶⁷⁵. Si, pour lui, le souverain a principalement trois devoirs à remplir : la défense armée du pays, la mise en place d'une justice efficace et le développement du marché en finançant l'infrastructure et d'autres travaux publics nécessaires⁶⁷⁶, il lance, sans le savoir, la théorie de l'intervention étatique pour garantir la libre concurrence. Ainsi, « *son approche de l'intervention publique,*

mots appropriés pour désigner notre affinité avec le chagrin d'autrui. Le terme de sympathie, qui à l'origine pouvait peut-être signifier la même chose, peut maintenant et sans aucune impropriété de langage être employé pour indiquer notre affinité avec toute autre passion, quelle qu'elle soit. »

⁶⁷² A. SMITH reprend le concept de sympathie de la philosophie de Hume et qui désigne l'effet d'un mécanisme de contagion des passions d'un individu à l'autre. Voir M. Biziou, C. Gautier, J.-F. Pradeau « Introduction » in A. SMITH, *Théorie des sentiments moraux*, op.cit.

⁶⁷³ Ce concept de la main invisible apparaît à plusieurs reprises dans l'œuvre d'A. SMITH, tant dans la *Recherches sur la nature et les causes de la richesse des nations* que dans la *Théorie des sentiments moraux*. Il désigne le processus naturel par lequel des individus obtiennent de façon non intentionnelle et sans se rendre compte des résultats favorables à l'ensemble de la société. La main invisible est liée tant à la notion de richesse, du profit, que à celle du bonheur, de partage des richesses. Ainsi dans la *Théorie des sentiments moraux*, op.cit., p. 257 on peut lire que : « Le produit du sol fait vivre presque tous les hommes qu'il est susceptible de faire vivre. Les riches choisissent seulement dans cette quantité produite ce qui est le plus précieux et le plus agréable. Ils ne consomment guère plus que les pauvres et, en dépit de leur égoïsme et de leur rapacité naturelle, quoiqu'ils n'aspirent qu'à leur propre commodité, quoique l'unique fin qu'ils se proposent d'obtenir du labeur des milliers des bras qu'ils emploient soit la seule satisfaction de leurs vains et insatiables désirs, ils partagent tout de même avec les pauvres les produits des améliorations qu'ils réalisent. Ils sont conduits par une main invisible à accomplir presque la même distribution des nécessités de la vie que celle qui aurait eu lieu si la terre avait été divisée en portions égales entre tous ses habitants ; et ainsi, sans le vouloir, sans le savoir, ils servent les intérêts de la société et donnent des moyens à la multiplication de l'espèce. Quand la Providence partagea la terre entre un petit nombre de grands seigneurs, elle n'oublia ni n'abandonna ceux qui semblait avoir été négligés dans la répartition. »

⁶⁷⁴ A. SMITH, *Richesses des nations*, op. cit., p. 48.

⁶⁷⁵ Sa méfiance de l'interventionnisme de l'Etat dans le monde économique lui a été léguée par son ami HUME qui affirmait bien avant SMITH qu' « un Etat n'est jamais plus puissant que lorsqu'il occupe à son service tous les bras en surcroît. Les aises et la commodité des particuliers exigent au contraire que ces bras soient employés à leur service. L'Etat ne peut donc avoir satisfaction qu'aux dépens des particuliers » voir en ce sens E. PICHET, op.cit., p. 40.

⁶⁷⁶ Voir A. SMITH, *Richesses des nations*, op. cit., Livre V « Du revenu du souverain ou de la république », chapitre Ier « Des dépenses à la charge du souverain ou de la république ».

intégrée à une justification du marché, trace les voies d'une tradition qui sera renouvelée plutôt que remise en cause. »⁶⁷⁷. A cet propos, il pense que l'Etat gardien doit chercher à éliminer certains effets négatifs du « *laissez faire, laissez passer* ». Smith décrit les antagonismes d'intérêts entre les classes sociales et perçoit les dangers sur les travailleurs⁶⁷⁸. Il signale également les pratiques courantes qui visent la limitation de la concurrence et laisse comprendre que c'est aux autorités publiques de veiller à l'intérêt général de la société qui réside dans la libre concurrence⁶⁷⁹. Nous y voyons les germes de la doctrine du marché fonctionnel où la première finalité de l'intervention étatique « *est de mieux faire fonctionner le marché économique en garantissant la structure concurrentielle* ». En revanche, il était trop tôt pour que Smith anticipe le besoin d'intervention publique pour la protection du consommateur. Pourtant, il convient de souligner qu'il a prévu la nécessité de la protection des ouvriers, parties faibles, face aux patrons, parties fortes. Pour ce qui est de la transparence, selon Adam Smith, dans les relations économiques « *le bon vieux proverbe selon lequel "l'honnêteté est la meilleure des politiques" vaut presque toujours* »⁶⁸⁰.

Après avoir mis en évidence les enseignements de la doctrine classique, nous montrerons la doctrine néo-classique.

⁶⁷⁷ Y. THEPAUT, *Economie libérale et liberté d'expression dans le contexte de la révolution informationnelle*, in P. ALBERT et al., *Evolution de l'économie libérale et liberté d'expression*, sous la direction d'A. KIYINDOU et M. MATHIEN, Bruylant, Bruxelles, 2007, p. 29.

⁶⁷⁸ A. SMITH, *Richesse des nations*, *op.cit.*, pp. 90-92 : « C'est par la convention qui se fait habituellement entre ces deux personnes (ouvrier et maître), dont l'intérêt n'est nullement le même, que se détermine le taux commun des salaires. Les ouvriers désirent gagner le plus possible ; les maîtres, donner le moins qu'ils peuvent ; les premiers sont disposés à se concerter pour élever les salaires, les seconds pour les abaisser. Il n'est pas difficile de prévoir lequel des deux parties, dans toutes les circonstances ordinaires, doit avoir l'avantage dans le débat, et imposer forcément à l'autre toutes ses conditions. Les maîtres, étant en moindre nombre, peuvent se concerter plus aisément ; et de plus, la loi les autorise à se concerter entre eux, ou au moins ne le leur interdit pas, tandis qu'elle l'interdit aux ouvriers. (...) Il faut de toute nécessité qu'un homme vive de son travail, et que son salaire suffise au moins à sa subsistance ; il faut même quelque chose de plus dans la plupart des circonstances, autrement il serait impossible au travailleur d'élever une famille, et alors la race de ces ouvriers ne pourrait pas durer au-delà de la première génération. ».

⁶⁷⁹ A. SMITH, *idem*, pp. 122-123 : « cependant l'intérêt particulier de ceux qui exercent une branche particulière de commerce ou de manufacture est toujours, à quelques égards, différent et même contraire à celui du public. L'intérêt du marchand est toujours d'agrandir le marché et de restreindre la concurrence des vendeurs. Il peut souvent convenir assez au bien général d'agrandir le marché, mais de restreindre la concurrence des vendeurs lui est toujours contraire, et ne peut servir à rien, sinon à mettre les marchands à même de hausser leur profits au-dessus de ce qu'il serait naturellement, et de lever, pour leur propre compte, un tribut injuste sur leur concitoyens. Toute proposition d'une loi nouvelle ou d'un règlement de commerce, qui vient de la part de cette classe de gens, doit toujours être reçue avec la plus grande défiance, et ne doit jamais être adoptée qu'après un long et sérieux examen, auquel il faut apporter, je ne dis pas seulement la plus scrupuleuse, mais la plus soupçonneuse attention. Cette proposition vient d'une classe de gens dont l'intérêt ne saurais jamais être exactement le même que l'intérêt de la société, qui ont en général intérêt à tromper le public et même à le surcharger, et qui en conséquence ont déjà fait l'un et l'autre en beaucoup d'occasions. ».

⁶⁸⁰ A. SMITH, *Théorie des sentiments moraux*, *op.cit.*, p. 105.

413. Quintessence du libéralisme néo-classique. Le courant libéral néo-classique, encore dominant de nos jours en économie⁶⁸¹, a fondé la microéconomie, une conception économique bâtie sur l'existence d'une économie de marché libre et concurrentielle, régulée par la variation des prix, en équilibre grâce à la confrontation permanente de l'offre et de la demande et où les acteurs sont des individus parfaitement rationnels, cherchant à maximiser leur satisfaction et à minimiser leurs coûts⁶⁸². Les principaux représentants sont Léon Walras, William Stanley Jevons, Alfred Marshall, Philip Wickteed, Francis Ysidro Edgeworth, Henry Sidgwick, Carl Menger et Vifredo Pareto. La pensée néo-classique a le grand mérite d'avoir exprimé, sous la forme d'une théorie défendue avec des arguments mathématiques, l'idéal économique libéral qu'est la concurrence pure et parfaite. Disciples d'Adam Smith et de Jeremy Bentham, les néo-classiques soutiennent d'une part la possibilité mathématique de l'existence d'un équilibre économique général, sans crise et sans chômage involontaire, où la demande est égale à l'offre et, d'autre part, ils proposent une analyse économique fondée sur le comportement des agents économiques. Ils mettent les bases de la théorie économique du consommateur qu'ils conçoivent comme un être rationnel, parfaitement informé, « roi » du marché, à la demande duquel répond le producteur. Le choix du consommateur se pose dans les termes suivants : il achète un produit que si celui-ci lui procure davantage d'utilité que ne lui coûte en désutilité son prix. Conformément à la loi de l'utilité marginale décroissante, chaque unité consommée en plus présente une utilité inférieure à la précédente.

414. Concurrence pure et parfaite. L'équilibre du marché est possible mathématiquement⁶⁸³ si les conditions de la concurrence pure et parfaite sont respectées⁶⁸⁴ :

- pluralité de concurrents qui se traduit dans l'existence de nombreuses offres et demandes (ni les vendeurs, ni les acheteurs ne peuvent influencer le marché),
- l'existence des produits semblables et comparables afin que la régulation du marché se fasse par les prix,

⁶⁸¹ Dans le contexte de la crise mondiale déclenchée en 2008, la mise en question des principes libéraux fait aujourd'hui la une des journaux et de nombreux ouvrages d'actualité : voir J. E. STIGLITZ, *Le triomphe de la cupidité*, Les Liens Qui Libèrent, 2010 ; A. BRUYNEEL, « Crise, marchés, entreprises financières : le retour de la réglementation ? », *EUREDIA*, n° 1, avril 2011 : « La crise mondiale que traverse l'économie, avec pour origine principale une crise bancaire et financière, a montré les limites de nos systèmes économiques et financiers et a soulevé la question, non seulement de la nécessité d'une régulation ou d'une réglementation renforcées, mais aussi d'une remise en cause de beaucoup de nos comportements ».

⁶⁸² M. MONTOUSSE, *Théories économiques*, op.cit., p. 175 et ss.

⁶⁸³ La représentation mathématique du marché de concurrence parfaite est donné dès 1877 par Léon Walras, professeur français à l'Université de Lausanne. Son modèle mathématique a été continué par Alfred MARSHALL (1842-1924), Kenneth ARROWS et Gérard DEBREU dans les années 1950. Ils ont démontré qu'en concurrence parfaite, avec les données entrantes définies, on pouvait établir un système d'équations mathématiques liant offre, demandes, quantités et prix de tous les biens.

⁶⁸⁴ Y. de WASSEIGE, *Comprendre l'économie politique*, Editions Couleur Livres, Bruxelles, 2005, p. 120 ; M. MONTOUSSE, *Théories économiques*, op.cit., p. 21.

- l'indépendance des décisions des acteurs économiques ; le consommateur n'a aucune préférence pour un certain vendeur et *vice-versa* ; « *l'acte de consommation est perçu comme un acte individuel, dégagé de tout contexte sociétal ou collectif*⁶⁸⁵ » ;
- la libre entrée et la libre sortie du marché
- la transparence parfaite de l'information sur le marché (une connaissance parfaite des prix pratiqués et de la situation des marchés, coût nul de l'information).

415. Parfaite rationalité. Dans cette équation de l'équilibre général entre également une autre condition *sine qua non* : la parfaite rationalité des agents économiques⁶⁸⁶, c'est-à-dire leur capacité à discerner leur intérêt personnel, de le poursuivre et de prévoir les conséquences de leurs décisions. Dans la conception néo-classique «*la demande du consommateur constitue l'expression libre, consentie et rationnelle de ses besoins*».⁶⁸⁷ De ce point de vue, les néo-classiques ont sans doute influencé les ultralibéraux qui ont prolongé cette vision réductrice selon laquelle les êtres humains sont considérés comme « *les stricts maximisateurs d'un intérêt personnel étroitement défini* »⁶⁸⁸.

416. Causes du déséquilibre du marché. Dans la conception néo-classique, c'est la variation des prix qui, sans aucune intervention ou entrave, permettra de maintenir le marché en équilibre. Les déséquilibres ne peuvent être que ponctuels, car la demande totale sera égale à l'offre globale. Les déséquilibres de longue durée sont entraînés par le non-respect des conditions de la concurrence pure et parfaite. Parmi les causes qui peuvent nuire à la concurrence parfaite, les néo-classiques énoncent les interventions étatiques, le non-respect de la transparence, l'absence d'un libre-échange entre économies de pays différents.

417. Conception idéaliste. Cependant, la théorie de l'équilibre général a été, même aux yeux de ses militants, un état idéal et non réel : « *il n'arrive jamais que le prix de vente des produits soit absolument égal à leur prix de revient en services producteurs, pas plus qu'il n'arrive jamais que l'offre et la demande effectives des services producteurs ou des produits soient absolument égales.* »⁶⁸⁹. De surcroît, en poussant le raisonnement jusqu'au bout, la théorie de l'équilibre général pourrait aboutir à une réalité complètement différente de celle

⁶⁸⁵ TH. BOURGOIGNIE, « Un droit de la consommation est-il encore nécessaire en 2006 ? » in TH. BOURGOIGNIE (dir.), *Regards croisés sur les enjeux contemporains du droit de la consommation*, op.cit., p. 4

⁶⁸⁶ Cette rationalité parfaite est mise en questions à plusieurs reprises par de nombreux économistes. On peut citer dans ce sens Herbert SIMON, prix Nobel en 1978, qui dès 1958, dans son ouvrage *Les Organisations* affirmera que la rationalité est forcément limitée, car dans la réalité économique, les individus ne cherchent pas la solution optimale, mais ils s'arrêtent à la première solution satisfaisante qu'ils découvrent.

⁶⁸⁷ TH. BOURGOIGNIE, « Un droit de la consommation est-il encore nécessaire en 2006 ? », op.cit., p. 4

⁶⁸⁸ A. SEN, *L'économie est une science morale*, La Découverte, 2003, p. 75 : « Nombreuses sont les théories économiques et sociales contemporaines où les êtres humains sont considérés comme les stricts maximisateurs d'un intérêt personnel étroitement défini ; (...). Ce « modèle » d'êtres humains est non seulement déprimant et effrayant, mais il y a aussi très peu de données qui nous prouvent que ce soit là une bonne représentation de la réalité. Les individus sont influencés non seulement par la perception de leurs propres intérêts, mais aussi, comme le montre Albert Hirschman, par leur passions ».

⁶⁸⁹ L. WALRAS, *Eléments d'économie politique pure ou théorie de la richesse sociale (1874-1877)* in M. BASLE, *Histoire des pensées économiques*, op.cit, p. 147.

qu'on connaît : si l'équilibre parfait est atteint, les notions de bénéfice et perte seront dépourvues de sens. C'est pour cela que Léon Walras pensait que la concurrence parfaite une fois devenue réalité engendrait un état économique socialement optimal.

418. Optimum de Pareto. C'est Vilfred Pareto qui donne dans le *Manuel d'économie politique* (1906) à la notion d'équilibre général la forme la plus aboutie et la plus sophistiquée. Il formule le concept essentiel d'*optimum économique* et apporte une solution au problème de la synthèse des utilités individuelles et forcément subjectives. Le problème que Walras n'avait pas pu résoudre était le fait que la notion d'utilité n'étant ni universelle ni exacte, elle était très difficilement à introduire dans un modèle mathématique. Si la notion de valeur-travail de Smith présentait l'avantage d'être apte à comparer les valeurs des différentes marchandises à toutes les époques et dans tous les lieux, la notion de valeur-utilité présentait un gros inconvénient : sa subjectivité. Une chose n'est pas aussi utile à *Primus* qu'à *Secundus*. C'est ce désavantage qui sera éliminé par la découverte de Pareto. Une situation économique est optimale au sens de Pareto, lorsque l'on ne peut pas améliorer la satisfaction d'un individu dans une proportion égale ou supérieure. Cela signifie que, pour le moment donné, dans les circonstances et avec les ressources existantes, la gestion des ressources rares⁶⁹⁰ est la meilleure possible pour la société. Ce résultat est également la clé de voûte de l'économie du bien-être (*social welfare*). Seul le marché en concurrence pure et parfaite offre un tel optimum. Mais le marché est dans certaines situations inefficent, et l'intervention de l'Etat peut se révéler nécessaire tant dans la conception de Walras, que dans celle de Pareto⁶⁹¹.

419. Mérites et faiblesses de la conception néo-classiques. Les recherches des néo-classiques ont contribué à la consolidation de l'univers libéral. Leurs résultats expliquent l'attachement des économistes libéraux au marché concurrentiel parfait- comme un idéal. Dans un monde peuplé des individus libres, égaux, rationnels et égoïstes, le marché seul, selon les principes libéraux classiques et néo-classiques, est capable de régler le problème économique, c'est-à-dire la gestion des ressources rares, afin de répondre aux besoins de l'homme et de la société.

Cependant, les conditions de la concurrence de la théorie de l'équilibre général sont loin de correspondre à la réalité et elles restent un idéal vers lequel tendent les libéraux. Tout d'abord, l'hypothèse dite de *homo œconomicus* est infirmée par le comportement des hommes qui ne réagissent pas toujours de manière rationnelle. Ensuite, la transparence parfaite des prix et des situations sur le marché est également au stade d'idéal. Puis, bien que l'existence de la concurrence ne soit pas contestée, son caractère pur et parfait fait défaut. De surcroît, les crises sont possibles et réelles. La crise de 1929 a anéanti ces constructions théoriques, en apportant la preuve de l'incapacité de la théorie néo-classique à résoudre les problèmes économiques de l'époque. Dans ce contexte, Keynes a plaidé pour l'interventionnisme

⁶⁹⁰ L'économie n'est autre chose que la gestion des ressources (biens, services) rares. Le concept de base de l'économie est la rareté des ressources. Quoiqu'on fasse, l'homme n'aura jamais sur terre assez de ressources (biens, services) pour satisfaire tous ses besoins.

⁶⁹¹ La problématique de l'interventionnisme libéral a de multiples facettes. Certains classiques et néo-classiques introduisent des petits bémols et contrairement aux ultra-libéraux ils considèrent que le marché demande parfois l'intervention correctrice de l'Etat.

étatique et d'autres économistes ont critiqué la conception néo-classique du comportement du consommateur.

C. Le dépassement du libéralisme traditionnel (classique et néo-classique)

1. Les libéraux qui pensent à la réduction des inégalités sociales

420. Tempéraments apportés au principe de l'équilibre naturel. Si, dans ses œuvres, Adam Smith ne se préoccupe que peu de la problématique du sort des plus défavorisés et des moyens nécessaires à modifier ou à améliorer leur vies⁶⁹², étant persuadé que celle-ci est réglée par l'équilibre naturel de la société et de la nature humaine, certains économistes libéraux classiques se sont penchés sur la problématique du rapport entre l'économie et la justice des faibles⁶⁹³. Parmi les libéraux qui tempèrent le principe de l'harmonie engendrée par l'individualisme pur on compte notamment le Britannique John Stuart Mill et le Suisse Jean-Charles de Sismondi.

421. La conception économique de Mill. Pour John Stuart Mill (1806 – 1873), penseur libéral convaincu qui ne rejette pas les postulats du libéralisme classique, l'intervention de l'Etat est nécessaire car « *l'individu n'est pas le seul juge de ses intérêts* »⁶⁹⁴. Selon, lui « *il faut que les nations modernes apprennent que le bien-être du peuple doit résulter de la justice et du self-government* »⁶⁹⁵. Il préconise une justice sociale dont les principaux moyens d'aider les classes populaires et pauvres consistent dans la mise en place d'une politique d'éducation accessible à tous et la création de coopératives ouvrières. Par ailleurs, dans son ouvrage *Le gouvernement représentatif*, il défend la démocratie et l'égalité. Il soutient que la démocratie doit veiller à ce « *qu'une classe, fût-elle la plus nombreuse, ne soit pas capable de réduire à l'insignifiance politique tout ce qui ne lui convient pas et de diriger la marche de la législation et de l'administration d'après son intérêt exclusif de classe* »⁶⁹⁶.

Nous remarquons que, face aux effets des déséquilibres économiques, l'intention de moraliser et équilibrer l'économie de marché par le biais de l'intervention étatique est une réaction sinon naturelle, alors au moins quasi-naturelle chez les économistes libéraux. Ils préconisent alors une intervention de l'Etat pour corriger les excès du système. On le voit clairement, en

⁶⁹² Citons en ce sens un fragment d'A. SMITH, *Théorie des sentiments moraux, op.cit.*, p. 257-258 : « Quand la Providence partagea la terre entre un petit nombre de seigneurs, elle n'oublia ni n'abandonna ceux qui semblaient avoir été négligés dans la répartition. Eux aussi jouissent de leur part de tout ce que la terre produit. Et pour ce qui fait le réel bonheur de la vie humaine, ils ne sont en rien inférieurs à ceux qui pourraient sembler leur être si supérieurs. Quant au bien être du corps et de la paix de l'esprit, tous les rangs différents de la société sont presque au même niveau, et le mendiant qui se chauffe au soleil sur le bord de la route possède la sécurité pour laquelle les rois se battent ».

⁶⁹³ Adam SMITH et David RICARDO se sont occupés plus de l'efficacité des mesures économiques, que de leur moralité. Le sort des plus démunis était censé être pris en charge par la « main invisible ».

⁶⁹⁴ M. BASLE, *Histoire des pensées économiques. Les fondateurs, op.cit.*, p. 56.

⁶⁹⁵ J. S. MILL, *Principes d'économie politique*, cité in M. BASLE, *idem*, p. 57.

⁶⁹⁶ J. S. MILL, *Considerations on Representative Gouvernement*, cité in M. BASLE, *idem*, p. 50.

regardant d'abord la conception économique de Jean-Charles de Sismondi, et plus tard chez Lord Keynes, pour ne pas mentionner que deux grands noms de l'histoire de la pensée économique libérale.

422. La conception économique de Sismondi. Le dogme fondamental d'un équilibre général obtenu par le libre jeu de la concurrence est nuancé, voire contesté par Jean-Charles de Sismondi, figure à part dans le paysage de la pensée libérale⁶⁹⁷, bien qu'il s'identifie, dans son célèbre ouvrage *Nouveaux principes d'économie politique* (1827), au père des libéraux classiques – Adam Smith⁶⁹⁸. Traité soit de « libéral réformiste », voire de « socialiste »⁶⁹⁹, Sismondi insiste sur le fait que pour arriver à l'harmonie du marché il ne suffit pas d'assurer une libre concurrence. Selon lui, le gouvernement, c'est-à-dire l'Etat, doit protéger le faible contre le fort, et « *l'accroissement des richesses n'est pas le but de l'économie politique, mais le moyen dont elle dispose pour procurer le bonheur de tous* ». ⁷⁰⁰ La force et l'actualité des idées de Sismondi résident dans son intention de moraliser l'économie de marché, sans nier ses mérites. En quête d'un juste équilibre entre les valeurs purement individualistes du libre marché et les droits fondamentaux des individus, Sismondi se révèle comme un libéral réformateur dans le sens où il s'est penché sur le problème douloureux des plus faibles dans le contexte de la révolution industrielle européenne. Nous y voyons les prémisses de la théorie actuelle du bon fonctionnement du marché qui prône au nom de la concurrence, la protection des consommateurs. Il ne s'agit pas de conclure que le libéralisme serait profondément social. Mais sa richesse et sa diversité font que les questions sociales ont été abordées à différents degrés par une partie de ses représentants et ont permis l'apparition d'une doctrine libérale prônant l'« *économie sociale du marché* »⁷⁰¹.

⁶⁹⁷ J.-C.-L. SISMONDE DE SISMONDI, *Nouveaux principes d'économie politique ou de la richesse dans ses rapports avec la population*, Calmann-Lévy, 1971, p. 91 affirme que son ouvrage « ne prétend point élever un système nouveau en opposition à celui de notre maître (Adam SMITH – notre note), mais montrer seulement quelles modifications l'expérience doit nous forcer d'apporter au sien. ».

⁶⁹⁸ J.-C.-L. SISMONDE DE SISMONDI, *idem*, p. 89 : « La doctrine d'Adam SMITH est la nôtre ; (...) tous les progrès que nous y avons fait depuis, lui sont dus, et ce serait une vanité puérile que celle qui s'attacherait à montrer tous les points sur lesquels ses idées n'étaient pas encore éclaircies, puisque c'est à lui que nous devons jusqu'à la découverte des vérités que lui-même n'avais pas connu ».

⁶⁹⁹ Voir J. WEILLER, « Préface » in J.-C.-L. SISMONDE DE SISMONDI, *idem*, p. 13 ; SISMONDI a été classé « en marge du système classique » par G.H. BOUSQUET, *Essai sur l'évolution de la pensée économique*, 1927 et MARX l'avait qualifié de « *socialiste petit-bourgeois* » dans son *Manifeste Communiste*

⁷⁰⁰ J.-C.-L. SISMONDE DE SISMONDI, *op.cit.*, p. 90 : « Nous regardons le gouvernement comme devant être le protecteur du faible contre le fort, le défenseur de celui qui ne peut point se défendre par lui-même, et le représentant de l'intérêt permanent, mais calme, de tous, contre l'intérêt temporaire, mais passionné, de chacun ».

⁷⁰¹ L'ordo-libéralisme qui milite pour l'intervention étatique afin de rétablir la concurrence et afin de protéger le marché si la concurrence toute seule n'y parvient pas a été aussi désigné le sous le nom d'« *économie sociale du marché* », voir G. VALINDAS, *Essai sur la rationalité du droit communautaire des concentrations*, préface J. BOURRINET, Bruylant, 2009, p. 112.

2. Les défaillances du marché et l'intervention de l'Etat dans la vision keynésienne⁷⁰²

423. Macroéconomie et consommation chez Keynes. Lord John Maynard Keynes apporte la preuve des défaillances du marché et plaide pour une intervention de l'Etat dans son œuvre *La théorie générale de l'emploi, de l'intérêt et de la monnaie* (1936), issue de l'analyse des causes de la crise de 1929⁷⁰³. Il a milité pour débarrasser l'individualisme de ses excès, tout en sauvegardant la liberté personnelle et la primauté de l'intérêt personnel⁷⁰⁴. Si pour les néo-classiques, chaque marché est indépendant et capable de s'équilibrer par ses mécanismes propres, Keynes considère que l'économie comme un système de flux interdépendants. Il ne construit pas son circuit économique sur le comportement des acteurs pris isolément dans la tradition néo-classique, mais il articule son système sur des données globales comme la consommation, l'épargne et l'investissement, adoptant une approche macroéconomique. Keynes renverse totalement la logique néo-classique selon laquelle les ménages épargnent d'abord et consomment après. Pour lui, la décision de consommer précède celle de « *ne pas dîner aujourd'hui* », c'est-à-dire d'épargner. De surcroît sa conviction est que la consommation est le véritable moteur de l'économie, en anticipant l'ère de la consommation de masse. Selon ses observations, et dans la lignée de Malthus et de Mandeville, mais en contradiction avec les postulats valables depuis Say, il considère qu'une épargne excédentaire est une source de la montée du chômage⁷⁰⁵ étant au détriment de la consommation, pouvant se transformer dans une calamité économique.

424. Intervention publique. La réponse apportée par Keynes consiste dans l'intervention de l'Etat, comme seul acteur capable d'utiliser les moyens qui permettront à l'économie de

⁷⁰² Nous n'allons pas insister sur la vision keynésienne, car celle-ci concerne la macroéconomie, or le choix économique d'une politique de protection d'inspiration consumériste en matière bancaire s'attache à l'analyse microéconomique, et notamment aux théories concernant le comportement du consommateur et la protection de la concurrence à travers la transparence. Cependant, nous avons considéré qu'il était important de rappeler, fût-ce brièvement que la thèse néo-classique a été mise en cause par la preuve de l'existence des défaillances avérées et très graves du marché.

⁷⁰³ Keynes n'est pas présenté par la doctrine comme un véritable libéral, mais comme un réformateur, auteur d'une théorie macroéconomique révolutionnaire. Il s'est placé comme un réformateur pour le court terme, en soutenant l'intervention de l'Etat notamment dans le contexte de la crise de 1929. Selon V. CHAROLLES, op. cit., p. 87 : « il se situe à une autre échelle de temps : réservant au libéralisme le long terme, il se consacre à l'explication des phénomènes de court terme, car à long terme, selon sa célèbre formule, nous serons tous morts. Pour organiser ces oscillations de court terme, il remplace la main invisible et l'intérêt personnel par les mécanismes mimétiques qui ont pour même fonctions de faire coïncider microdécisions et macrophénomènes ».

⁷⁰⁴ J. M. KEYNES, *La théorie générale de l'emploi, de l'intérêt et de la monnaie*, cité in M. BASLE, *Histoire des pensées économiques, Les fondateurs, op.cit.*, p. 358 « Un large domaine n'en subsistera pas moins, où l'initiative et la responsabilité privée pourront encore s'exercer. Dans ce domaine, les avantages traditionnels de l'individualisme garderont toute leur valeur. Arrêtons-nous un moment pour nous les rappeler. Ils consistent d'abord dans une amélioration du rendement, résultant de la décentralisation et du jeu de l'intérêt personnel. L'amélioration du rendement due à la responsabilité individuelle et à la décentralisation des décisions est peut-être même plus importante qu'on ne l'a cru au XXe siècle, et il se peut qu'on ait trop réagi contre l'intérêt personnel. Mais surtout l'individualisme, s'il peut être débarrassé de ses défauts et de ses excès est la sauvegarde de la liberté personnelle, en ce sens qu'il élargit plus que toute autre système le champ des décisions personnelles. Il est aussi la meilleure sauvegarde de la variété de l'existence ».

⁷⁰⁵ M. BASLE, op.cit., p. 324.

retrouver son équilibre. Il propose l'encouragement de la consommation notamment par l'augmentation des bas revenus, la prise en charge par l'Etat d'une partie importante des investissements, une politique monétaire contrôlée par l'Etat afin d'assurer la baisse des taux. Ce qui était le problème pour les libéraux devient la solution pour Keynes. Nous y trouvons aussi une partie des justifications de l'essor des interventions législatives en faveur des consommateurs et de régulation en matière bancaire et financière.

3. La théorie ordo-libérale ou l'Ecole allemande de Freiburg

425. Interventionnisme libéral au profit d'un marché concurrentiel effectif. La branche néo-libérale allemande des années trente a œuvré pour réformer la pensée libérale, en évitant les inconvénients de la doctrine du « *laissez-faire, laisser passer* » et en accordant dans son discours une place plus importante à l'Etat. Le dépassement du libéralisme traditionnel est surtout marqué par la critique de l'individualisme pur et dur et par l'affirmation de la nécessité d'un « *interventionnisme libéral* » au profit d'un marché concurrentiel effectif⁷⁰⁶. L'Etat devrait intervenir à l'aide de la loi pour réformer et corriger l'ordre social⁷⁰⁷. Ils n'ont pas mis en cause la liberté des individus, ni la libre concurrence. Au contraire, l'école ordo-libérale les a perçus comme les instruments principaux pour construire une société libre. Cependant, les deux notions doivent faire l'objet d'un cadre légal défini qui doit les protéger des possibles attaques soit publiques soit privées. En reprenant les paroles de Walter Eucken, professeur d'économie à l'université de Freiburg et représentant de ce courant, les ordo-libéraux disaient « *oui à l'organisation des structures par l'Etat, non à la planification et à la direction des activités économiques par l'Etat* »⁷⁰⁸ Il s'agit d'une véritable synthèse entre les principes traditionnels du libéralisme et certains objectifs socialistes qui charge l'Etat de la régulation afin que les conditions de concurrence soient rétablies dans l'intérêt général, en abandonnant le concept smithien d'autorégulation du marché. Nous y voyons aussi l'influence de la pensée de Sismondi et de Keynes. Pour Franz Böhm, professeur de droit à Freiburg, qui avait étudié les influences du libéralisme sur l'ordre juridique et fondateur de la principale revue de l'école ordo-libérale⁷⁰⁹, les préoccupations économiques doivent être traduites en langage juridique afin d'établir et protéger les conditions d'un marché concurrentiel effectif⁷¹⁰. Dans la vision ordo-libérale, la concurrence libre est apte à préserver la liberté d'entreprendre, composante essentielle de la liberté personnelle.

426. Influence sur la politique européenne de la concurrence. Cette école consacre une vision économique libérale imprégnée de principes humanistes, considérant que la liberté

⁷⁰⁶ G. VALLINDAS, *op.cit.*, p. 111.

⁷⁰⁷ V. VALENTIN, *Les conceptions néo-libérales du droit, op.cit.*, p. 11.

⁷⁰⁸ W. EUCKEN, « Die Wettbewerbsordnung und ihre Verwirklichung », 1949, *Ordo*, Band 2, 1-99, not. p. 93, cité par Georges VALINDAS, *op.cit.*, p. 113.

⁷⁰⁹ F. Böhm et H. Grossman-Doerth ont publié la revue *ORDO-Jahrbücher* à Freiburg qui continue dans le même esprit que les monographie intitulées *Ordre de l'Economie* auxquelles ont participé les trois grands représentants de ce courant de pensée : Walter EUCKEN, Franz BÖHM et Hans GROSSMAN-DOERTH

⁷¹⁰ G. VALLINDAS, *op. cit.*, p. 111

économique est « *un pendant de la liberté politique, plutôt que par des considérations d'efficacité économique* ». C'est elle qui a d'ailleurs influencé la politique allemande de concurrence, et ultérieurement, la politique communautaire de la concurrence. Sa principale influence sur la législation européenne réside dans l'exigence d'une protection du marché par le droit contre les facteurs perturbateurs d'ordre économiques et politiques. Ainsi, selon son credo, « *là où la concurrence ne peut pas générer les résultats attendus, une législation régulatrice est nécessaire*⁷¹¹ ». Par conséquent les ordo-libéraux pensent que les imperfections du marché doivent être corrigées par l'Etat à l'aide des instruments juridiques pour rétablir la concurrence libre et non faussée.

4. *La nouvelle microéconomie et le comportement du consommateur*

427. Mise en cause de la théorie du consommateur néo-classique. Les nouveaux développements de l'analyse microéconomique critiquent la vision minimaliste et rigide du consommateur des néo-classiques. Ainsi, John Kenneth Galbraith essaye de montrer que le consommateur, loin d'être le « roi » des relations économiques, se fait manipuler par les producteurs, sous la pression de la publicité qui crée des nouveaux besoins de consommation et surtout en raison d'une désinformation constante sur les produits et le prix. D'autres économistes montrent que le marché n'est pas régulé uniquement par le prix, car le consommateur préfère parfois d'acheter des produits chers, soit par ostension⁷¹², soit parce qu'il les considère de meilleure qualité⁷¹³.

La nouvelle microéconomie revient sur certaines hypothèses fondatrices de la microéconomie classique, notamment sur la perfection de l'information (transparence du marché) ou la totale rationalité des individus.

428. Rationalité limitée. L'information n'a pas fait l'objet d'une attention toute particulière de la part de la doctrine économique classique, car par hypothèse les acteurs économiques étaient des « *homo oeconomicus* », capables de se procurer seuls toutes les informations utiles et de les traiter eux-mêmes de manière efficace. Les économistes de la nouvelle microéconomie mettent en cause l'hypothèse de la transparence complète et gratuite, mettant en exergue l'imperfection de l'information. C'est notamment Herbert A. Simon⁷¹⁴ qui, dans *Les Organisations* (1958), s'écarte du postulat de la rationalité parfaite de l'individu. Il se focalise sur le comportement de l'acteur économique et démontre que la rationalité

⁷¹¹ *idem*, p. 119.

⁷¹² C'est « l'effet d'ostension » mis en évidence par l'économiste Thorstein VEBLEN.

⁷¹³ C'est « l'effet de marque » dont nous parle George A. AKERLOF et dans ce cas la concurrence ne se jouerait pas uniquement sur les prix, mais également sur la qualité ; Voir M. MONTOUSSE, *op.cit.*, p. 182-183.

⁷¹⁴ H. A. SIMON est économiste américain, né en 1916, dont les travaux ont porté, notamment, sur le mécanisme de la prise de décision économique (prix Nobel en 1978) ; voir en ce sens H. A. SIMON, *Administration et processus de décision*, traduction par P.-E. Dauzat, Economica, 1983 ; J. G. MARCH et H. A. SIMON, *Les organisations*, traduit par J.C. Rouchy et G. Prunier ; préface de M. Crozier, 2e éd., Dunod, 1971

individuelle est limitée par les habitudes et les réflexes, les valeurs, la perception du contexte, la conception des objectifs à atteindre, l'étendue des connaissances et informations détenues. Les individus ne sont pas les détenteurs de toute l'information disponible sur le marché, la connaissance de toutes les options étant impossible. Par conséquent, Herbert Simon forge le concept moderne de la rationalité limitée⁷¹⁵. Dans sa vision, les acteurs économiques ne cherchent pas forcément la solution optimale, mais s'arrêtent consciemment ou non à la première solution satisfaisante qu'ils découvrent. Cette observation n'allait pourtant pas de soi. Il suppose que l'acteur économique a un comportement rationnel, mais que sa rationalité est limitée en termes de capacité cognitive et d'information disponible. Dès lors, l'acteur va généralement s'arrêter à la première solution raisonnable dans une situation d'incertitude. Il choisira généralement la première option qui satisfera à la situation concrète, tout en évitant de consommer trop de temps à effectuer son choix

Le concept de la rationalité limitée a ouvert des nouvelles voies à la recherche économique, notamment à la théorie de l'information asymétrique et à la prise de décision.

429. Asymétrie de l'information. L'hypothèse d'asymétrie d'information dans la théorie économique, dans les travaux initiaux d'Akerlof⁷¹⁶ et ensuite de A. Michael Spence et Joseph E. Stiglitz⁷¹⁷, a été un élément fondamental de relecture des postulats économiques, en explorant les conséquences théoriques du constat – depuis longtemps établi de manière empirique – que l'une des conditions supposées par Adam Smith pour l'obtention des conditions d'optimalité des marchés dans un cadre de concurrence parfaite, à savoir l'information parfaite des agents du marché, n'est en réalité jamais remplie. Elle a permis de comprendre des échecs du marché et de proposer des améliorations de politiques et de contrats économiques. Elle étudie le comportement d'agents rationnels lorsque l'acquisition de l'information est coûteuse et lorsque les acteurs économiques ne sont plus égaux, que seul l'un d'entre eux dispose d'une information complète et sait l'utiliser en sa faveur au détriment de l'autre partie, en exploitant cette inégalité.

La théorie économique de l'information analyse systématiquement les problèmes qui émergent de l'information incomplète et asymétrique, en étudiant l'opportunisme des agents économiques. Elle se penche notamment sur deux cas typiques de l'asymétrie informationnelle : tout d'abord la sélection adverse et ensuite l'aléa moral.

⁷¹⁵ H. A. SIMON, *Administration et processus de décision*, op. cit. : « On peut dire qu'une décision est « objectivement » rationnelle si elle présente en fait le comportement correct qui maximisera des valeurs données dans une situation donnée. Elle est « subjectivement » rationnelle si elle maximise les chances, de parvenir à une fin visée en fonction de la connaissance réelle qu'on aura du sujet. Elle est « consciemment » rationnelle dans la mesure où l'adaptation des moyens aux fins est un processus conscient. Elle est « intentionnellement » rationnelle dans la mesure où l'individu ou l'organisation auront délibérément opéré cette adaptation. Elle est rationnelle « du point de vue de l'organisation » si elle sert les objectifs de celle-ci ; enfin, elle est « personnellement » rationnelle si elle obéit aux desseins de l'individu ».

⁷¹⁶ Les imperfections du marché sont illustrés par G. AKERLOF, "The market for lemons: quality uncertainty and the market mechanism", in *Quarterly Journal of Economics*, 1970, n° 84, pp. 488-500 ; Voir M. MOUNTOUSSE, op. cit.

⁷¹⁷ L'attribution du Prix Nobel d'économie, en 2001, à trois chercheurs américains, G. A. AKERLOF, A. M. SPENCE, et J. E. STIGLITZ, a mis à l'honneur la théorie de l'asymétrie de l'information

a) Sélection adverse

430. Opportunisme et asymétrie de l'information. Les contrats comportant une répartition inégale de l'information entre les deux parties rendent possibles des comportements opportunistes dont le facteur déclencheur est le fait que l'une des parties ne dit pas toujours ce qu'elle sait. Il y a ainsi deux types principaux de comportements opportunistes : opportunisme précontractuel et opportunisme post-contractuel.

431. Sélection adverse. Le problème principal du comportement opportuniste précontractuel est la sélection adverse (l'anti-sélection) qui apparaît à chaque fois qu'un acteur possède une information que l'autre n'a pas à la signature du contrat. L'une des deux parties contractante n'ayant pas la possibilité de connaître toutes les caractéristiques du produit, finit par sélectionner des produits de mauvaise qualité. La sélection adverse ou anti-sélection se manifeste par la difficulté pour le client d'appréhender : le niveau de compétence et d'expérience des fournisseurs, l'adéquation du produit ou des compétences du fournisseur à ses besoins, le contenu et la qualité du produit ou du service. La théorie de sélection adverse se présente souvent sous deux exemples : le marché des voitures d'occasion et le marché des assurances.

432. Sélection adverse et l'exemple du marché des voitures d'occasion. En ce qui concerne le premier marché, il est évoqué dans un article paru en 1970 par Akerlof (« Prix Nobel » d'économie en 2001) qui montre que la concurrence est perturbée par le fait que la partie victime du défaut d'information risque de choisir uniquement des produits de mauvaise qualité. Plus précisément, le consommateur mal informé aura tendance à choisir les produits au prix le plus bas (et donc, probablement, les plus mauvais). Il s'avère ainsi qu'en situation d'information imparfaite, le risque de sélection adverse (ou anti-sélection) va conduire à ce que le marché des voitures d'occasion ne propose que des automobiles endommagées. En effet, le prix moyen sera la résultante de la moyenne des prix des bonnes et mauvaises occasions. Comme le consommateur est en situation d'information imparfaite (il ne reconnaît pas les bonnes des mauvaises voitures), il ne sera prêt à payer que le prix moyen, pour minimiser ses risques. Or, si les vendeurs de mauvaises occasions ne pourront que se réjouir, les vendeurs de bonnes occasions, n'ayant pas d'espoir de vendre, sortiront de ce marché : seuls resteront les vendeurs d'épaves. Les acheteurs conscients de ceci se désintéresseront à leur tour du marché de l'occasion. Cette problématique présente une grande applicabilité dans la sphère économique quel que soit le domaine. Cependant, dans la réalité nous constatons que les acteurs du marché de voitures d'occasions ont trouvé des moyens pour enrayer cette situation, les uns plus ingénieux que les autres : des expertises techniques, des garanties lors d'une vente via un commerçant spécialisé, des marques de commerce, réputation du vendeur ou du garagiste, certification par un tiers indépendant, classement par les revues de spécialités, etc. C'est dans cette même logique que d'autres correctifs similaires se sont développés dans d'autres branches.

433. Sélection adverse et l'exemple des assurances. Pour ce qui est du deuxième marché, celui des assurances, décrit par Joseph Stiglitz en 1976, le principe suit la même logique: il y a des assurés peu risqués et d'autres très risqués. Si les primes d'assurance sont homogènes (ce qu'on ne voit pas dans la vie réelle), les bons clients paieront pour les mauvais clients. L'étude prend en compte que les assurés connaissent leur potentiel de risque, mais pas les assureurs. Dans l'hypothèse où l'entreprise d'assurance ne peut pas sélectionner ses clients, elle est mise en situation de revoir le montant des primes à la hausse. Cette prime parvient à satisfaire uniquement les clients à hauts risques au détriment de « meilleurs » clients. La sélection adverse induite par le défaut d'information est généralement source d'inefficience, puisqu'elle ne permet pas la concrétisation des relations de type gagnant-gagnant. Le défaut d'information de l'une des parties montre que les perdants sont toujours les « bons » produits et les « bons » acteurs économiques. En effet, les compagnies d'assurance essaient de limiter les effets de cette inefficience en établissant des critères pour déduire le niveau de risque et implicitement celui des primes (âge, tests de santé, sexe⁷¹⁸, expérience, antécédents, etc.).

b) Aléa moral

434. Aléa moral et défaut d'information. Le problème de l'aléa moral (*moral hazard*) se rencontre dans les situations où il existe un défaut d'information entre deux agents économiques lors de la passation d'un contrat qui rend difficile, voire impossible, le fait de contrôler si l'une des parties contractantes a respecté ses obligations. On peut citer le cas des assurés qui adoptent un comportement plus risqué sachant qu'ils sont couverts par une assurance. C'est également la situation d'une banque qui prend consciemment des risques supplémentaires (par exemple des placements douteux) lorsqu'elle est en mesure d'en faire socialiser les pertes (par exemple sauvetage par le FMI, impôt supplémentaire, le développement des produits très risques et la titrisation, etc...). Le cas de l'assurance maladie représente un autre exemple d'aléa moral dans la mesure où les dépenses résultant de la

⁷¹⁸ CJUE, 1er mars 2011, C-236/09 - Association belge des Consommateurs Test-Achats ASBL e.a.. Cette association belge de consommateurs avait saisi le Cour constitutionnelle belge d'un recours en annulation de la loi belge transposant la directive 2004/113/CE. La directive 2004/113/CE interdit toute discrimination fondée sur le sexe dans l'accès à des biens et services et dans la fourniture de biens et services. Ainsi, la directive interdit, en principe, de prendre en considération le critère du sexe pour calculer les primes et les prestations d'assurance des contrats d'assurance conclus après le 21 décembre 2007. Elle prévoit cependant une exception (Art. 5 § 2) selon laquelle les États membres peuvent, à partir de cette date, autoriser des dérogations à la règle des primes et prestations unisexes, pour autant qu'ils peuvent garantir que les données actuarielles et statistiques sous-jacentes sur lesquelles se fondent leurs calculs sont fiables, régulièrement mises à jour et à la disposition du public. Les dérogations ne sont autorisées que lorsque le droit national n'a pas déjà appliqué la règle des primes et des prestations unisexes. Cinq ans après la transposition de la directive – à savoir le 21 décembre 2012 – les États membres doivent réexaminer la justification de ces dérogations, en tenant compte des données actuarielles, des statistiques les plus récentes et du rapport présenté par la Commission trois ans après la date de transposition de la directive. C'est dans le cadre de ce recours que la juridiction belge a demandé à la Cour de justice de l'UE d'apprécier la validité de la dérogation énoncée dans la directive avec des normes de droit supérieur, à savoir le principe d'égalité entre les femmes et les hommes consacré par le droit de l'Union.

transaction entre le patient et le médecin ne peuvent être contrôlées par l'assureur. Dans le système financier, un exemple de risque moral du à l'asymétrie de l'information intervient lorsqu'un banquier incite un client profane à investir dans des projets à hauts risques dans lesquels le banquier gagne beaucoup s'il réussit, mais dans lesquels l'emprunteur supporte la plus grosse part de la perte si le projet échoue. Si le client s'aperçoit de cette situation potentiellement dangereuse pour lui, sans pouvoir se rendre compte réellement s'il est exposé à un risque ou pas, il aura tendance à afficher une aversion totale pour le risque et refuser toute possibilité de faire mieux fructifier son argent.

Un autre exemple d'aléa moral réside dans la situation d'un emprunteur qui aurait également une incitation à allouer les fonds de façon incorrecte, pour son usage personnel, et pour entreprendre des investissements dans des projets non rentables qui ne servent qu'à augmenter son pouvoir personnel ou sa stature. Donc, un prêteur est soumis à cet aléa selon lequel l'emprunteur s'engage dans des activités indésirables du point de vue du prêteur, soit des activités qui réduisent la probabilité de remboursement. Le conflit d'intérêt potentiel entre l'emprunteur et le prêteur issu de l'aléa moral implique que les prêteurs prêteront moins qu'ils ne le pourraient, d'où des niveaux de prêt et d'investissement sous-optimaux.

435. Aléa moral et inefficience. Lorsque la partie mieux informée (partie forte) réussit à tirer profit au détriment de l'autre partie (partie faible), l'asymétrie de l'information aboutit à un marché inefficace où le gain de Pareto n'est plus possible (le contrat ne pouvant plus conduire à un gain réciproque pour les deux parties). Ce type de comportement ne contribue pas au bien-être général, entraînant une redistribution forcée en faveur de la partie forte qui adopte un comportement opportuniste.

436. Remèdes. Parmi les modalités pour limiter les effets de l'aléa moral, nous pouvons citer l'alourdissement des sanctions ou les diverses façons d'éclairer la partie en déficience informationnelle sur l'aléa moral de son contractant. Dans cette dernière catégorie s'inscrivent, à titre d'exemple, les expertises d'un sinistre, les questionnaires que le banquier fait faire à ses clients afin d'identifier leur profil de risque, les évaluations des projets d'investissement par les banquiers, les obligations d'information, de mise en garde et de conseil du professionnel envers le consommateur.

Parmi les remèdes possibles au manque d'information du consommateur, nous constatons qu'il y a des solutions offertes par le marché lui-même. Tout d'abord, le consommateur, en tant que bon père de famille, peut adopter une attitude proactive, en recherchant de l'information, soit par ses propres moyens, soit à l'aide de tiers spécialisés, comme les avocats, les consultants, les experts indépendants. Etant donné la complexité du monde bancaire en l'occurrence il est cependant difficile que l'information optimale soit atteinte, car le coût marginal de la recherche dépassera le plus probablement son bénéfice marginal. De surcroît, le manque d'expérience dans le domaine constitue un facteur qui freine l'accès du consommateur aux informations nécessaires à l'engagement en pleine connaissance de cause. Les professionnels de leur côté peuvent également fournir aux consommateurs les informations nécessaires de leur propre initiative, en jouant la carte de la réputation ou en accordant des garanties de leur bonne foi.

Néanmoins, le comportement du professionnel peut s'avérer opportuniste, si la seule sanction réside, à long terme, dans une perte progressive de la clientèle. La publicité peut jouer un rôle dans l'asymétrie informationnelle, mais la réalité encore une fois montre les dangers de la publicité mensongère. En réalité, seules les informations facilement contrôlables par le consommateur sont dignes de confiance, les promesses difficilement vérifiables pouvant conduire à la tromperie.

L'information des consommateurs est au centre des préoccupations de la nouvelle analyse microéconomique. L'impossibilité de marché de s'autoréguler en présence d'une forte asymétrie d'informations rend l'intervention publique possible, voire nécessaire. L'analyse microéconomique conclut ainsi à la nécessité de fournir au consommateur les informations nécessaires afin de lui permettre de remplir pleinement le rôle dévolu en vue du bon fonctionnement du marché.

D. Les enseignements à retenir pour illustrer le fondement économique

437. Démarche. Nous avons exposé brièvement la vaste doctrine économique libérale afin de pouvoir identifier les éléments qui peuvent fonder économiquement les obligations d'information, de mise en garde et de conseil du banquier. Comme nous l'avons vu, la pensée économique libérale se divise en deux grandes visions : la vision néo-classique et néolibérale qui exploite les postulats, ou plutôt seulement certains postulats de la doctrine classique, fortement influencée à son tour par la philosophie libérale, et la vision libérale réformatrice qui, malgré la diversité des courants, trouve son unité dans la contestation des principales prémisses néo-classiques, tels que l'équilibre général des marchés et la rationalité parfaite des individus⁷¹⁹. Cette incursion dans la doctrine économique nous a conduits logiquement à exclure les idées ultralibérales qui rejettent la régulation de l'état en matière économique.

438. Nécessaire correction des imperfections avérées du marché. En revanche, on comprend l'essor des obligations d'information à la lumière des idées des économistes qui, sans mettre en cause les bienfaits du marché et de la concurrence, cherchent à corriger les imperfections avérées du marché. On a vu cette préoccupation chez Keynes, les adeptes de

⁷¹⁹ O. FAVEREAU, « Qu'est-ce qu'un contrat ? La difficile réponse de l'économie », in Ch. JAMIN (*dir.*) *Droit et Economie*, LGDJ, coll. Droit et économie, dirigée par M.-A. FRISSON-ROCHE, 2008, p. 22, n° 49 : « L'économie, depuis le dernier tiers du XIX^{ème} siècle, a toujours été marquée par une opposition vigoureuse entre un courant dominant (mainstream), qualifié de « néo-classique » (par Veblen) ou d'« orthodoxe » (par Keynes), revendiquant un individualisme méthodologique strict, d'orientation plutôt apologétique à l'égard du capitalisme libéral – et des courants critiques, d'inspiration diverses, plus ou moins minoritaires selon les époques. Jusqu'au milieu des années 1970, le courant dominant était représenté par ce qu'il est convenu d'appeler la « Théorie (mathématique) de l'Equilibre Général », où l'économie était conçue comme un système de marchés interdépendants, avec des marchés eux-mêmes formalisés sur le modèle des bourses de valeurs, c'est-à-dire des marchés organisés, dont les règles de fonctionnement conduisent au calcul d'un prix, équilibrant l'offre et la demande. Ce type de marché était le premier « pilier » de la théorie économique dominante (...). Le second « pilier » de la « Théorie de l'Equilibre Général » (qui continue de servir de référence cognitive pour la formation de tous les économistes) est la notion d'individu rationnel. ».

l'école ordo-libérale de Freiburg et également chez les représentants de la nouvelle microéconomie. La rupture idéologique avec les postulats classiques n'est que partielle, ou en tous cas moins sévère que l'on pourrait le croire. En effet, il ne faudrait pas perdre de vue, comme nous l'avons montré, que même dans la pensée libérale classique on trouve les germes de l'acceptation de l'intervention publique en cas de distorsions à la concurrence. C'est ainsi que nous comprenons le libéralisme économique smithien, les idées réformatrices de John Stuart Mill et de Sismondi. En effet, l'unité du libéralisme se déduit des éléments fondamentaux sans lesquels on ne peut plus se réclamer de lui. Ainsi, les libéraux, dans leur ensemble accordent « *un primat axiologique*⁷²⁰ » à la liberté individuelle et au libre-échange pour des raisons multiples à la fois économiques, sociales et morales. L'Etat « *ne doit pas porter atteinte ni à l'une, ni à l'autre*⁷²¹ ». Bien qu'ils reconnaissent tous l'existence des imperfections du marché, ils ne partagent pas la même vision sur l'efficacité de l'intervention publique en la matière. A l'opposé de la pensée classique qui laisse s'entrevoir la possibilité d'une intervention en faveur de la concurrence, et surtout en totale opposition avec les théories keynésienne, ordo-libérales et celles de la nouvelle microéconomie, les ultralibéraux ne pensent pas que l'Etat soit efficace pour corriger les dysfonctionnements du marché. On peut conclure qu'indubitablement la direction essentielle du libéralisme économique est la défense de l'économie de marché et de la libre concurrence.

439. Nécessaire protection de la concurrence et des consommateurs en vue du bon fonctionnement du marché. Dans la vision libérale, la libre concurrence assure le meilleur fonctionnement du marché, et en tout cas bien plus efficace que la planification ou le dirigisme économique. Elle permet en effet la diversification des offres, la diminution des prix, l'amélioration de la qualité des produits, la stimulation de l'innovation, et enfin l'augmentation du bien-être des consommateurs. Protéger la concurrence devient ainsi une finalité en soi pour toute économie du marché et, bien que la concurrence pure et parfaite décrite par le courant néo-classique n'existe qu'au stade d'idéal, il n'empêche qu'une concurrence libre et saine exige que le marché s'approche le plus possible des conditions identifiées par l'analyse microéconomique. D'où le besoin d'assurer une information optimale des consommateurs, car le marché n'est jamais entièrement transparent comme le voulait la théorie néo-classique.

440. Nécessaire renforcement de l'information en vue du bon fonctionnement du marché. La nouvelle analyse microéconomique a démontré qu'une grande partie des dysfonctionnements du marché sont liés à l'information. Dans ce contexte, le manque d'information du consommateur est à l'origine d'au moins deux types de dysfonctionnements, connu dans la doctrine sous l'appellation d'antisélection (*adverse selection*) et risque moral (*moral hazard*)⁷²². De surcroît, la nouvelle microéconomie montre que le consommateur n'est pas en réalité le roi du marché, il n'étant pas aussi rationnel et informé que le voulait la théorie néo-classique de la concurrence pure et parfaite. La réalité le montre plutôt comme une possible victime de la manipulation menée par les producteurs et le marketing. Par

⁷²⁰ V. VALENTIN, *op.cit.*, p. 211.

⁷²¹ *ibidem*.

⁷²² S. VIGNERON-MAGGIO-APRILE, *op. cit.*, pp. 16-30.

conséquent, dépourvu de sa rationalité parfaite, il ne peut plus assumer le rôle d'arbitre, étant incapable de maximiser son bien-être et de se défendre tout seul.

Partant de ces constats, une politique de protection du consommateur s'avère complémentaire à toute politique de protection de la concurrence. D'ailleurs, dans cette optique, nous pensons que la protection du consentement du consommateur par le renforcement de l'information trouve d'abord ses justifications dans le besoin d'assurer des conditions optimales de concurrence, la transparence du marché étant l'une des conditions énumérées par la doctrine économique⁷²³. La protection du consommateur est ainsi apparue du besoin d'améliorer et assainir la concurrence. Cette conclusion nous est confirmée par l'analyse du droit européen où l'on voit que c'est par « *le droit de la concurrence qu'est née la protection des consommateurs* »⁷²⁴. C'est d'ailleurs aux Etats-Unis, le berceau du libéralisme économique et le pays le plus profondément attaché au système de libre concurrence, que la nécessité d'une politique de protection des consommateurs a été tout d'abord reconnue⁷²⁵. En effet, nous verrons que le législateur européen, toujours guidé par l'impératif du bon fonctionnement du marché, a imposé la transparence d'abord comme une garantie des conditions de concurrence égales entre les professionnels et les consommateurs et ensuite comme protection du consentement des parties faibles⁷²⁶.

Nous exposerons succinctement les deux principales voies de pénétration de la doctrine libérale du marché fonctionnel dans les obligations d'information, de mise en garde et de conseil du banquier (§2).

§2 Les voies d'introduction de la doctrine libérale économique dans les obligations d'information, de mise en garde et de conseil

L'introduction de la doctrine libérale du marché fonctionnel dans les raisons d'être des obligations d'information, de mise en garde et de conseil dans le domaine bancaire s'est fait tout d'abord par le droit de la consommation national (A) et européen (B) et ensuite par la déontologie bancaire et financière (C).

⁷²³ Voir en ce sens N. SAUPHANOR-BROUILLAUD, E. POILLOT, C. AUBERT DE VINCELLES et G. BRUNAUX, *Les contrats de consommation - Règles communes, op.cit.*, p. 4 : « En d'autres termes, l'harmonisation des législations nationales de protection des consommateurs est censée gommer les disparités qui peuvent entraîner des distorsions de concurrence entre les entreprises et affecter ainsi la libre circulation des biens et services. ».

⁷²⁴ N. SAUPHANOR-BROUILLAUD, E. POILLOT, C. AUBERT DE VINCELLES et G. BRUNAUX, *Les contrats de consommation - Règles communes, op.cit.*, p. 3.

⁷²⁵ J. CALAIS-AULOY, F. STEINMETZ, *Droit de la consommation*, 7^e édition, éd., Dalloz, Précis, 2006, p. 2 ; D. BLACHE, *Le droit bancaire des Etats-Unis : le modèle pour l'Europe bancaire ?* édition Revue Banque, 2006, p. 185 et ss. ; S. VIGNERON-MAGGIO-APRILE, *op. cit.*, p.31.

⁷²⁶ E. POILLOT, *op.cit.*, LGDJ, 2006, p. 100.

A. Par la conception française du droit de la consommation

441. Finalités libérales du législateur national. La consommation s'étendant également aux services, le droit français de la consommation, prédécesseur du droit européen en la matière, a touché les activités bancaires tout d'abord par le biais de la loi de 1972 concernant le démarchage⁷²⁷, et notamment par les lois de 1978 et 1979⁷²⁸ sur le crédit à la consommation et le crédit immobilier⁷²⁹. Ces initiatives, sans transposer des directives communautaires, s'inscrivent dans un contexte européen marqué par la prise de conscience de la nécessité de protéger les consommateurs dans une approche pragmatique, car appréhendée comme un instrument contribuant à la réalisation des objectifs des Communautés européennes, en référence aux traités de Rome⁷³⁰. L'analyse des motivations du législateur français indique que celui-ci a entendu, avec pragmatisme, protéger la partie réputée faible afin de trouver dans l'équilibre contractuel le complément du souci économique d'équilibre du marché. Ce dispositif législatif « *doit s'analyser comme une mesure d'accompagnement – et non comme une mesure restrictive – dans la promotion publiquement soutenue du crédit aux consommateurs. Il n'est pas question de remettre en cause la politique du crédit, il s'agit seulement d'en parfaire la qualité afin d'éviter qu'elle ne s'avère déceptive aux yeux de particulier. Ainsi, au moins dans l'esprit des textes, le modèle individualiste du propriétaire consommateur n'est-il pas contesté*⁷³¹ ». La logique libérale de la politique législative française dans les lois Scrivener est révélée par le Doyen Carbonnier, qui remarquait à juste titre qu'elle « *retrouve quelque chose de l'optimisme des lumières (un homme est toujours capable de défendre ses droits pourvu qu'il soit éclairé)* »⁷³². Ainsi, M. Lagarde montre que les lois Scrivener, emblématiques pour le mouvement consumériste en droit bancaire « *ne*

⁷²⁷ La loi n° 72-1137 du 22 décembre 1972 relative à la protection des consommateurs en matière de démarchage et de vente à domicile qui accordait au consommateur un délai de réflexion (art. L. 121-21 et s. C. consom.).

⁷²⁸ La loi n° 78-22 du 10 janvier 1978 relative à l'information et à la protection des consommateurs dans le domaine de certaines opérations de crédit (art. L. 311-1 et s. C. consom.), la loi n° 78-23 du 10 janvier 1978 sur la protection et l'information des consommateurs de produits et de services, la loi n° 79-596 du 13 juillet 1979 relative à l'information et à la protection des emprunteurs dans le domaine immobilier

⁷²⁹ Pour une chronologie des textes français protégeant les consommateurs voir J. CALAIS-AULOY, F. STEINMETZ, *op. cit.*, p. 29 ; Pour le droit belge : Loi du 9 juillet 1957 réglementant les ventes à tempérament et leur financement ; Loi du 12 juin 1991 relative au crédit à la consommation, modifiée par : la loi du 10 décembre 2009, la loi du 13 juin 2010, la loi du 29 décembre 2010, l'arrêté royal du 3 mars 2011, la loi du 28 août 2011 et la loi du 27 novembre 2012 ; Loi du 06 avril 2010 sur les pratiques du marché et la protection du consommateur (LPMC) remplace, depuis le 12 mai 2010, la loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur; pour plus de détails voir les sites internet du Service public fédéral Economie <http://economie.fgov.be/fr/consommateurs/> et <http://economie.demoroom.be/accueil/>.

⁷³⁰ Sommet européen de Paris du 19 octobre 1972 et le Programme préliminaire de la Communauté économique européenne pour une politique de protection et d'information des consommateurs du Conseil des ministres de la CEE du 14 avril 1975, JO n° C 092 du 25/04/1975 p. 0002 – 0016 qui énonçait au point 3 que « les intérêts du consommateur peuvent être groupés en cinq catégories de droits fondamentaux: a) droit à la protection de sa santé et de sa sécurité, b) droit à la protection de ses intérêts économiques, c) droit à la réparation des dommages, d) droit à l'information et à l'éducation, e) droit à la représentation (droit d'être entendu) ».

⁷³¹ X. LAGARDE, *L'endettement des particuliers. Etude critique*, LGDJ, Paris, 1999, p. 35

⁷³² J. CARBONNIER, *Droit civil, Les obligations, op. cit.*, n° 46.

sont pas la marque d'une défiance à l'égard de l'activité bancaire, mais plutôt la reconnaissance implicite de ces plus-values économiques et sociales que constituent l'accès à la propriété, l'aisance dans la consommation et l'affirmation de la nécessité du crédit en vue de les obtenir »⁷³³.

Ainsi, le choix du renforcement de l'information pour assurer un consentement éclairé, quitte à imposer un formalisme dérogeant au principe juridique du consensualisme, n'est pas étranger aux finalités libérales du dogme de l'autonomie de la volonté, qui a nourri l'analyse traditionnelle de la théorie générale du contrat. N'oublions pas que la volonté éclairée, non viciée, est dans la vision philosophique libérale la source de toute obligation⁷³⁴. Par conséquent, le formalisme informationnel imposé par le consumérisme en droit bancaire n'entre en contradiction avec la théorie classique volontariste que dans la lettre, et non pas dans l'esprit. Le formalisme consumériste protège la volonté afin « *qu'elle conserve sa vertu fondatrice* »⁷³⁵, car à l'aube de la société de consommation⁷³⁶, les instruments mis à la disposition par le Code civil aux parties réputée faibles pour se défendre contre les parties réputées fortes se révèlent trop lents et inadaptés. Ainsi, les obligations d'information ne sont que des nouveaux instruments qui œuvrent à restaurer l'autonomie de la volonté du consommateur, sans être étrangers pour autant, dans leur esprit, à la vision libérale du droit civil. Le Code civil ne néglige pas la protection des parties, mais il est tributaire de son époque, qui ne pouvait pas prévoir l'avènement de la société de consommation⁷³⁷.

B. Par le droit européen de la consommation

442. Pénétration et influence du droit européen dans le droit bancaire. Toutes les opérations liant le banquier à son client personne physique « *se développent dans un cadre qui subit nécessairement les influences du droit de la consommation* »⁷³⁸. Or, selon la Fédération Bancaire Française, « *plus de 70% de la réglementation bancaire française sont d'origine européenne* »⁷³⁹, affectant toutes les activités de la banque, qu'il s'agisse des

⁷³³ X. LAGARDE, *op. cit.*, p. 37.

⁷³⁴ Voir en ce sens l'analyse du fondement libéral de la théorie générale du contrat traditionnelle faite par J. GHESTIN, « L'utile et le juste dans les contrats », *op.cit.*

⁷³⁵ X. LAGARDE, *op. cit.*, p. 46.

⁷³⁶ J. BAUDRILLARD, *La société de consommation : ses mythes, ses structures*, préf. de J.P. Mayer, Gallimard, coll. Idées, 1970.

⁷³⁷ PH. STOFFEL-MUNCK, « La codification du droit de la consommation » in *Mélanges J.-L. Baudoin*, éd. Y. Blais, 2012, p. 1269 et s.

⁷³⁸ TH. BONNEAU, *Droit bancaire*, 8^e éd., Montchrestien, n° 401.

⁷³⁹ Fédération Bancaire Française, *Les principaux textes régissant le secteur bancaire français*, 22 août 2011, publié sur le site internet de la FBF : <http://www.fbf.fr/fr/contexte-reglementaire-et-juridique/cadre-juridique/les-principaux-textes-regissant-le-secteur-bancaire-francais>; Citons en ce sens la directive européenne 93/13/CEE du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, directive 94/19/CE du 30 mai 1994 relative aux systèmes de garantie des dépôts, directive 2000/31/CE du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur (« directive sur le commerce électronique »), règlement (CE) n° 2560/2001 du 19 décembre 2001 concernant les

mesures sur les contrats de crédit aux consommateurs, les clauses abusives, la publicité, le démarchage, la vente à distance des services financiers, les marchés d'instruments financiers (MIF), les Organismes de Placement Collectif en Valeur Mobilière (OPCVM), la fiscalité de l'épargne, la solvabilité des banques, la supervision bancaire ou encore la lutte contre le blanchiment, le financement de terrorisme et les abus du marché⁷⁴⁰.

En ce qui concerne le droit européen de la consommation, il concerne les ventes d'un bien ou les prestations de services entre professionnels et consommateurs. Par conséquent, il exerce une forte influence sur les relations contractuelles établies entre le banquier et ses clients personnes physiques. La clientèle particulière d'une banque est extrêmement diverse et il est très difficile de l'étudier en elle-même. Cependant, force est de constater qu'une grande partie des particuliers qui contractent avec les établissements de crédit entre dans la catégorie des consommateurs. De surcroît, les épargnants et les investisseurs sont eux-aussi impactés par l'extension du statut protecteur consommateur. A première vue cela contrevient à l'acceptation économique de la consommation, qui n'est rien d'autre que la satisfaction immédiate des besoins, alors que l'épargne et l'investissement se font dans le but d'une consommation future⁷⁴¹. Mais, force est de constater qu'aujourd'hui le bon fonctionnement du marché emporte sur la conception économique stricte de la notion de consommation. Par conséquent, à titre d'exemple, l'investisseur est désormais protégé par les dispositions de la directive n° 2002/65/CE du 23 septembre 2002 concernant la commercialisation à distance de services

paiements transfrontaliers en euros, la directive 2002/65/CE du 23 septembre 2002 concernant la commercialisation à distance des services financiers auprès des consommateurs, la directive 2002/87/CE du 16 décembre 2002 relative à la surveillance complémentaire des établissements des crédits, des entreprises d'assurance et des entreprises d'investissement appartenant à un conglomérat financier, directive 2002/47/CE concernant les contrats de garantie financière, directive 2003/6/CE du 28 janvier 2003 sur les opérations d'initiés et les manipulations de marché (abus de marché), la directive 2004/39/CE du 21 avril 2004 concernant les marchés d'instruments financiers, directive 2005/60/CE du 26 octobre 2005 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins de blanchiment de capitaux et du financement du terrorisme, directive 2006/48/CE du 14 juin 2006 concernant l'accès à l'activité des établissements de crédit et son exercice, directive 2006/49/CE du 14 juin 2006 sur l'adéquation des fonds propres des entreprises d'investissement et des établissements de crédit, directive 2007/44/CE du 5 septembre 2007 en ce qui concerne les règles de procédure et les critères d'évaluation applicable à l'évaluation prudentielle des acquisitions et des augmentations de participation dans des entités du secteur financier, directive 2009/14/CE du 11 mars 2009 modifiant la directive 94/19/CE relative aux systèmes de garantie des dépôts en ce qui concerne le niveau de garantie et le délai de remboursement, directive 2010/78/UE du 24 novembre 2010 modifiant les directives 98/26/CE, 2002/87/CE, 2003/6/CE, 2003/41/CE, 2003/71/CE, 2004/39/CE, 2004/109/CE, 2005/60/CE, 2006/48/CE, 2006/49/CE et 2009/65/CE en ce qui concerne les compétences de l'Autorité européenne de surveillance (Autorité bancaire européenne), l'Autorité européenne de surveillance (Autorité européenne des assurances et des pensions professionnelles) et l'Autorité européenne de surveillance (Autorité européenne des marchés financiers).

⁷⁴⁰ Même constat pour le droit belge, voir en ce sens A. WILLEMS, « Conditions générales bancaires (Quelques observations en début de millénaire) », in *Les conditions générales bancaires/Algemene Bankvoorwaarden*, Actes du colloque du 3 décembre 2004, organisé par la section belge de l'Association Européenne pour le Droit Bancaire et Financier (AEBDF-Belgium), Bruylant, Bruxelles, 2005, p. 24 et ss. : « Le droit européen, que ce soit via des dispositions d'effet direct, soit via des directives, la loi, complétée par les usages et les codes de conduite constituent les principales sources de droit applicable aux conditions générales bancaires. ».

⁷⁴¹ N. SAUPHANOR-BROUILLAUD, E. POILLOT, C. AUBERT DE VINCELLES et G. BRUNAUX, *Les contrats de consommation - Règles communes*, op.cit., n° 227, p. 211.

financiers auprès des consommateurs⁷⁴². Dans le même ordre d'idées, la législation sur les clauses abusives concerne certains aspects de la prestation de services et donc *les clients bancaires peuvent bénéficier de ses dispositions tant qu'elles n'entrent pas en conflit avec le caractère aléatoire du marché financier*.⁷⁴³ Sans pouvoir affirmer que tous les contrats bancaires conclus par des personnes physiques à des fins non professionnels tombent dans le champ d'application du droit de la consommation, il est, en revanche, tout à fait évident que le droit de la consommation exerce une forte pression sur le droit bancaire et financier en général, surtout en ce qui concerne l'essor des règles de protection graduée selon la qualité des clients.

Sur fond de libéralisation de circulation des marchandises, des personnes, des services et capitaux, tout l'effort législatif européen de protection des consommateurs a été dès le début l'expression d'une politique visant à supprimer les disparités de nature à fausser les conditions de la concurrence dans le marché intérieur. Dans ce contexte, il a consacré l'information comme l'instrument juridique par excellence de la protection du consommateur⁷⁴⁴. Ce constat n'est pas étonnant au regard des préoccupations du législateur communautaire, qui insiste, depuis son premier programme d'action communautaire en faveur des consommateurs datant de 1975 et jusqu'au Traité de Lisbonne⁷⁴⁵, en passant par le traité de Maastricht⁷⁴⁶, sur la promotion du *droit à l'information* afin d'« *assurer un niveau élevé de protection des consommateurs* »⁷⁴⁷.

443. Spécificités de la politique européenne de protection du consommateur. Explorer le fondement économique des obligations d'information, de mise en garde et de conseil du banquier nécessite de rappeler brièvement les spécificités de la politique européenne en matière de protection du consommateur. Il convient donc de comprendre et de présenter les fondements de la protection européenne des consommateurs, en montrant tout d'abord les caractéristiques de la doctrine de l'économie sociale de marché (1) et ensuite en mettant en évidence la prééminence du facteur économique dans la définition de la politique européenne de protection des consommateurs (2).

⁷⁴² Art. L 121-20-10, 2° du Code de la consommation.

⁷⁴³ L'art. R 132-2-1, II du Code de la consommation prévoit *expressis verbis* les cas où législation relative aux clauses abusives ne s'appliquent pas en matière de prestation de services ; en revanche les art. R 132-1, 3°, R 132-2, 4° et R 132-2, 6° visent les cas où les clauses abusives peuvent s'appliquer ; Voir N. SAUPHANOR-BROUILLAUD, E. POILLOT, C. AUBERT DE VINCELLES et G. BRUNAU, *Les contrats de consommation. - Règles communes*, LGDJ, 2013, *op.cit.*, n° 227, p. 212.

⁷⁴⁴ E. POILLOT, *op. cit.*, p. 94 parle même du « *triomphe communautaire de l'obligation d'information* ».

⁷⁴⁵ L'art. 169 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE).

⁷⁴⁶ La politique communautaire de protection de consommateur ne reçoit sa propre base juridique qu'avec le traité de Maastricht.

⁷⁴⁷ Programme préliminaire de la communauté économique européenne pour une politique de protection et information des consommateurs du 14 avril 1975, voir notamment l'art. 34 sur la nécessité de développer l'information du consommateur.

1. La doctrine du marché fonctionnel ou l'économie sociale de marché

444. Contexte. Des circonstances historiques, politiques et économiques complexes ont fait que les Européens ont pris le parti d'une démarche qui s'oppose à la fois aux excès du « *laissez-faire* » et à ceux des économies socialistes dirigées et planifiées. Dans cette perspective, bien que les régulateurs de Bruxelles ne se réclament pas d'une certaine école de pensée économique, l'Union européenne s'est dotée d'un droit reflétant une pensée économique qui combine les principes fondamentaux d'une économie de marché et des objectifs sociaux. C'est ainsi qu'au fondement même du droit de la concurrence et du droit de la consommation on trouve des éléments de l'analyse microéconomique libérale et de l'ordo-libéralisme allemand⁷⁴⁸, sans exclure d'autres influences⁷⁴⁹.

445. Caractéristiques de la doctrine du marché fonctionnel. La doctrine économique européenne présente des traits spécifiques : tout en faisant confiance aux mécanismes du marché, elle se propose d'améliorer la performance de celui-ci en apportant les correctifs nécessaires. Elle se rapproche de ce que les ordo-libéraux appelaient « l'économie sociale de marché⁷⁵⁰ ». D'ailleurs, on retrouve la même expression dans l'article 3 du traité sur l'Union européenne : « *L'Union établit un marché intérieur. Elle œuvre pour le développement durable de l'Europe fondé sur une croissance économique équilibrée et sur la stabilité des prix, une économie sociale de marché hautement compétitive, qui tend au plein emploi et au progrès social, et un niveau élevé de protection et d'amélioration de la qualité de l'environnement. Elle promeut le progrès scientifique et technique* ». Mais l'influence de la pensée ordo-libérale transcende l'aspect purement terminologique, car sa plaidoirie pour l'intervention publique comme instrument de correction des déséquilibres du marché⁷⁵¹ est pleinement reflété par l'établissement d'un marché européen intérieur à l'aide du droit, sous la forme de différents instruments juridiques adaptés aux différentes des politiques et actions

⁷⁴⁸ Cette thèse est partagée par G. VALLINDAS, *op. cit.*, p. 159 qui affirme que « *Le droit de la concurrence ne constitue qu'une ou plusieurs théories économiques mises sous la forme de règles juridiques* » ; voir également B. LURGER, « The future of European Contract Law Between Freedom of Contract, Social Justice and Market Rationality », ERCL, n° 4, 2005, p. 452 : « Thereby, a perspective is introduced to national contract law that was non-existent before. "Ordo-liberalism", a very powerful contract theory of the 20th century that was mainly developed in Germany, is in its market-functional approach closely related to the EC law approach of market-functionalism. » ; O. LANDO, « Liberal, Social and Ethical Justice in European Contract Law », *CML Rev.*, 43, 2006, p. 817-833.

⁷⁴⁹ Historiquement, la première réglementation en matière de concurrence a été adoptée aux États-Unis en 1890. Par conséquent, le droit européen de la concurrence a été certainement influencé par la législation américaine. Selon l'école économique de Harvard (1930-1940) devenue aux États-Unis le courant économique dominant dans les années 1960, « plus le niveau de concentration sur un marché est élevé, plus il est probable qu'un comportement anticoncurrentiel surgisse » voir in G. VALLINDAS, *op. cit.*, p. 124.

⁷⁵⁰ Alfred Müller-Armack propose au successeur de Konrad Adenauer de remplacer la dénomination d'ordo-libéralisme avec l'expression « économie sociale de marché », voir in G. VALLINDAS, *op. cit.*, p. 112

⁷⁵¹ G. VALLINDAS, *idem*, p. 293.

communes.⁷⁵² En ce sens, le droit européen est l'illustration axiomatique du fait que les règles de droit reflètent les choix de la société en matière économique et politique. Désignée par certains auteurs comme un « ordre public régulateur »⁷⁵³ et par d'autres comme une « doctrine du marché fonctionnel »⁷⁵⁴, la conception juridique européenne, y compris en matière de protection du consommateur, reste tributaire à sa première finalité qui est la réalisation d'un marché intérieur libre et concurrentiel.

2. Ambivalence de la politique européenne de protection du consommateur

446. Double objectif. Sous l'influence de la doctrine économique libérale, les interventions européennes en matière de protection des consommateurs sont le fruit d'un mélange de genres réunissant des règles ayant un double objectif, économique et social, soit la réalisation du marché intérieur et la protection d'une partie réputée faible.⁷⁵⁵

a) La réalisation du marché intérieur- finalité première

447. Réalisation et fonctionnement du marché intérieur - objectif principal de la Communauté économique européenne⁷⁵⁶. L'intervention législative européenne s'est

⁷⁵² Voir en ce sens l'art. 3 (ex-art. 2 TUE) du Traité sur l'Union européenne (version consolidée), JO 2012/C 326/01 du 26 octobre 2012 :

« 1. L'Union a pour but de promouvoir la paix, ses valeurs et le bien-être de ses peuples.

2. L'Union offre à ses citoyens un espace de liberté, de sécurité et de justice sans frontières intérieures, au sein duquel est assurée la libre circulation des personnes, en liaison avec des mesures appropriées en matière de contrôle des frontières extérieures, d'asile, d'immigration ainsi que de prévention de la criminalité et de lutte contre ce phénomène.

3. L'Union établit un marché intérieur. Elle œuvre pour le développement durable de l'Europe fondé sur une croissance économique équilibrée et sur la stabilité des prix, une économie sociale de marché hautement compétitive, qui tend au plein emploi et au progrès social, et un niveau élevé de protection et d'amélioration de la qualité de l'environnement. Elle promeut le progrès scientifique et technique. Elle combat l'exclusion sociale et les discriminations, et promeut la justice et la protection sociales, l'égalité entre les femmes et les hommes, la solidarité entre les générations et la protection des droits de l'enfant.

Elle promeut la cohésion économique, sociale et territoriale, et la solidarité entre les États membres.

Elle respecte la richesse de sa diversité culturelle et linguistique, et veille à la sauvegarde et au développement du patrimoine culturel européen. ».

⁷⁵³ M. SALAH, « Les transformations de l'ordre public économique. Vers un ordre public régulateur », in *Mélanges FARJAT*, Frison-Roche, 1999.

⁷⁵⁴ B. LURGER, *The future of European Contract Law Between Freedom of Contract, Social Justice and Market Rationality*, *op.cit.*, p. 442 et s. ; O. LANDO, « Liberal, Social and Ethical Justice in European Contract Law », *op.cit.*, p. 817-833.

⁷⁵⁵ TH. BOURGOIGNIE (dir.), *Regards croisés sur les enjeux contemporains du droit de la consommation*, *op.cit.*, p. 7.

⁷⁵⁶ J.-L. CLERGERIE, A. GRUBER, P. RAMBAUD, *L'Union européenne*, 9^e édition, Dalloz, 2012, p. 361 : « L'objectif premier assigné à la CEE par le Traité de Rome (art. 2) est l'établissement d'un marché commun, à l'intérieur duquel est garantie la libre circulation des marchandises, des personnes, des services et des capitaux.(...) Le traité de Lisbonne tirera logiquement les conséquences de cette réalisation en supprimant l'expression de marché commun. » ; L. CARTOU et al., *L'Union européenne*, Dalloz, 5^e éd., 2004, n° 374 ; G. VALLINDAS, *op.cit.*, p. 26 ; E. POILLOT, *op. cit.*, p. 42 et ss.

toujours faite au nom des exigences économiques et dans le souci d'assurer les libertés de circulation et le respect de la concurrence, en évitant les dysfonctionnements du marché intérieur. Il convient de souligner que « *la fondation d'un grand marché unifié est d'ailleurs elle-même inspirée des doctrines économiques de l'intégration* »⁷⁵⁷ qui font confiance aux mécanismes du marché. C'est donc, en partie, ce rapport étroit entre l'économie et le droit qui caractérise la construction communautaire.

448. Concurrence, transparence et information du consommateur. La protection de la concurrence et le renforcement de la transparence par le biais de l'amélioration de l'information du consommateur constituent en effet les deux facettes de la politique européenne visant la fondation d'un marché intérieur fonctionnel. Le besoin de protection des consommateurs est renforcé par le constat que le consommateur, au lieu d'assumer son rôle de souverain dévolu par la théorie libérale néo-classique, a perdu la maîtrise de la capacité de consommer en toute liberté. En effet, « *la spontanéité de ses choix, la liberté et la rationalité de ceux-ci se révèlent en effet bien théoriques* »⁷⁵⁸. Or, le droit de la consommation et le droit de la concurrence, sont les moyens pour promouvoir une société européenne équilibrée, dans une logique libérale, où tous les éléments de la politique de la concurrence et de la protection de la consommation ont pour finalité de décloisonner les marchés internes, renforcer la protection des consommateurs et, *in fine*, la confiance des citoyens européens. Le but économique des mesures de renforcement de l'information apparaît clairement exprimé dès le programme préliminaire de la Communauté en matière de protection des consommateurs : « *le consommateur d'autrefois, acheteur en général isolé sur un marché local de faible dimension, s'est transformé en élément d'un marché de masse.* » et étant donné le déséquilibre avéré entre les consommateurs et les producteurs/ fournisseurs/distributeurs « *une information toujours plus importante a été requise pour permettre aux consommateurs, dans la mesure du possible, de mieux utiliser leurs ressources, de choisir plus librement entre les différents produits ou services offerts et d'exercer une influence sur les prix, l'évolution des produits et les tendances du marché.* »⁷⁵⁹

Ainsi, il apparaît clairement que les objectifs fondamentaux de la protection et de l'information du consommateur étaient dès le programme préliminaire la création d'un marché transparent et la mise en place des conditions aptes à assurer l'exercice des choix rationnels des consommateurs.

449. Finalité confirmée par les bases juridiques choisies pour protéger les consommateurs. Si l'on regarde la base juridique choisie pour les premières directives en la matière, on peut constater que le législateur européen a opté pour l'article 100 du Traité de Rome, et ensuite de l'article 100A de l'Acte unique européen, devenu entre-temps l'article 95

⁷⁵⁷ Sur le sujet des doctrines économiques de l'intégration voir G. VALLINDAS, *op.cit.*, p. 108 qui cite S. ESTRIN, P. HOLMES, *Competition and Economic Integration in Europe*, Edward Elgar Publishing ; H. DUMEZ, A. JEUNEMAITRE, *La concurrence en Europe*, Editions du Séuil, 1991.

⁷⁵⁸ TH. BOURGOIGNIE (dir.), *Regards croisés sur les enjeux contemporains du droit de la consommation*, *op.cit.*, p. 5.

⁷⁵⁹ Programme préliminaire pour une politique de protection et information du consommateur du 14 avril 1975, J.O. 1975, n° C92, points 6 et 8.

du Traité d'Amsterdam, prévoyant des mesures de rapprochement des législations dans le cadre de la réalisation du marché intérieur. Même après l'entrée en vigueur du traité de Maastricht qui a consacré dans son article 129A la politique de protection du consommateur, les directives européennes ont trouvé leur fondement dans l'article 95 du Traité d'Amsterdam. Le Traité de Lisbonne introduit par le biais du nouvel article 12 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) les mesures en faveur des consommateurs dans les principes généraux de la politique européenne⁷⁶⁰. Cependant, il convient d'observer que l'article 169 du TFUE rappelle que l'Union adopte les mesures de promotion des intérêts de consommateurs en application de l'article 114 du même traité, « dans le cadre de la réalisation du marché intérieur ». Or, l'article 114 du TFUE n'est que le successeur de l'ancien article 95 du Traité d'Amsterdam. Cela « montre que la législation relative à la protection des consommateurs s'insère toujours dans la politique de réalisation du marché intérieur »⁷⁶¹, en garantissant les conditions du fonctionnement optimal d'un marché concurrentiel libre, ce qui nous rappelle sans équivoque le discours économique libéral.

Cependant la politique européenne en faveur des consommateurs adopte une vision large, incluant également des soucis sociaux et collectifs à travers la protection des parties faibles.

b) La protection d'une partie réputée faible - deuxième finalité

450. Considérations multiples. Le fonctionnement du marché intérieur n'est pas la seule considération qui explique l'apparition et l'essor d'une politique communautaire visant la protection des consommateurs. Il s'agit plutôt « d'un faisceau de motivations diverses, à caractère économique, social et politique »⁷⁶².

451. Hiérarchisation des considérations – arrêt « Cofinoga ». Le législateur et le juge européens ont adopté en effet une position clairement marquée par la bipolarité de la politique communautaire en faveur des consommateurs. En ce sens, la motivation retenue par l'arrêt « Cofinoga » de la Cour de Justice des Communautés européennes⁷⁶³ en matière de crédit à la

⁷⁶⁰ Voir en ce sens les versions consolidées du Traité sur l'Union européenne (TUE) et du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE), *JOUE* n° C 115 du 09/05/2008 p. 0001 - 0388

⁷⁶¹ N. SAUPHANOR-BROUILLAUD, E. POILLOT, C. AUBERT DE VINCELLES et G. BRUNAUX, *Les contrats de consommation - Règles communes, op.cit.,* p. 4.

⁷⁶² Th. BOURGOIGNIE, *Eléments..., op. cit.,* p. 15.

⁷⁶³ CJCE, 4 mars 2004, *Cofinoga Mérignac SA c. Sylvain Sachithanathan*, aff. C-264/02, Rec. I, p. 157, Rev. jur. com., 2004, p. 261, obs. A. RAYNOUARD. En l'espèce, Cofinoga a accordé à M. Sachithanathan un prêt, sous la forme d'une ouverture de crédit d'une durée d'un an renouvelable, utilisable par fractions et assortie d'une carte de crédit, remboursable par mensualités selon un TAEG variable. Cofinoga a assigné M. Sachithanathan devant le tribunal d'instance de Vienne en paiement des échéances impayées, majorées d'intérêts et de pénalités. Le tribunal d'instance de Vienne a invité Cofinoga à justifier du renouvellement régulier du contrat, tel que prévu par le code français de la consommation. Après avoir pris connaissance des observations de Cofinoga, le tribunal d'instance a décidé de poser à la Cour des Communautés européennes quatre questions préjudicielles:

« Les directives [87/102] et [90/88] doivent-elles être interprétées comme imposant au juge national de privilégier l'interprétation de son droit obligeant les organismes de prêt à la consommation à porter à la

consommation illustre nos propos, en montrant l'ambivalence et la hiérarchisation des motivations.

Saisie par le tribunal d'instance de Vienne, la Cour devait se prononcer sur quatre questions préjudicielles concernant la façon dont le juge français devait interpréter la directive 87/102/CEE du Conseil ⁷⁶⁴ relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres en matière de crédit à la consommation telle que modifiée par la directive 90/88/CEE du Conseil ⁷⁶⁵. Plus précisément, le juge français s'interrogeait si, la directive imposait une obligation d'information préalable à chaque renouvellement du contrat de crédit, même si les conditions n'étaient pas changées. La Cour a considéré que « *la directive (...) n'impose pas que, préalablement à chaque renouvellement, à des conditions inchangées, d'un contrat de crédit d'une durée déterminée, consenti sous la forme d'une ouverture de crédit utilisable par fractions et assortie d'une carte de crédit, remboursable par mensualités et dont le taux d'intérêt est stipulé variable, le prêteur soit obligé d'informer par écrit l'emprunteur du taux annuel effectif global en vigueur ainsi que des conditions auxquelles ce dernier pourra être modifié*⁷⁶⁶. »

A cet égard, la Cour a tenu compte dans son interprétation du fait que « *la directive a été adoptée dans le double objectif d'assurer, d'une part, la création d'un marché commun du crédit à la consommation (troisième à cinquième considérants) et, d'autre part, la protection des consommateurs souscrivant de tels crédits (sixième, septième et neuvième considérants)* »⁷⁶⁷. De surcroît la Cour considère que « *l'information du consommateur sur le coût global du crédit (...) contribue à la transparence du marché en ce qu'elle permet au consommateur de comparer les offres de crédit. D'autre part, elle permet au consommateur d'apprécier la portée de son engagement.* »

connaissance de l'emprunteur-consommateur, par écrit, le [TAEG] en vigueur, préalablement à chaque reconduction d'un contrat de crédit renouvelable par fractions, dont la clause d'intérêt est stipulée variable?

Lesdites directives doivent-elles être interprétées comme imposant au juge national de privilégier l'interprétation de son droit obligeant les organismes de prêt à la consommation à porter à la connaissance du même consommateur la clause de variation dudit [TAEG], préalablement à chaque reconduction d'un tel contrat ?

Lesdites directives doivent-elles être interprétées en ce sens qu'elles doivent conduire le juge à privilégier l'interprétation de son droit l'autorisant à faire valoir un moyen d'irrégularité affectant la formation ou le renouvellement d'un contrat de crédit à la consommation, tel celui tiré du défaut de mention du [TAEG], invoqué par le consommateur ou d'office, sans limitation temporelle, dans le cadre d'un litige né d'une action en paiement formée par l'organisme prêteur ?

Dans la négative, lesdites directives doivent-elles être interprétées en ce sens qu'elles doivent conduire le juge à privilégier l'interprétation de son droit l'autorisant à écarter une disposition de son droit national, interdisant au consommateur ou au juge d'office de faire valoir un moyen d'irrégularité affectant la formation ou le renouvellement d'un contrat de crédit à la consommation, à l'issue d'un délai dérogatoire du droit commun, en ce qu'il constituerait une restriction exceptionnelle des droits d'agir du consommateur et porterait atteinte à l'effectivité de la protection de celui-ci ?».

⁷⁶⁴ Directive 87/102/CEE du Conseil du 22 décembre 1986 relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres en matière de crédit à la consommation, JO 1987, L 42, p. 48- 53.

⁷⁶⁵ JO L 61, p. 14.

⁷⁶⁶ CJCE, 4 mars 2004, Affaire C-264/02, *précité*, cf. point 39.

⁷⁶⁷ *idem* cf. point 25.

À la lumière des considérants de la directive et de l'analyse faite par les juges européens, les objectifs de l'émergence de l'information des consommateurs en matière de crédit sont d'abord « *la création d'un marché commun du crédit à la consommation* » et ensuite « *la protection des consommateurs souscrivant de tels crédits* » en leur permettant d'apprécier la portée de leurs engagements.

452. Même hiérarchisation des finalités en matière de protection de la clientèle bancaire.

Il ne fait aucun doute que ce même raisonnement s'applique dans tous les domaines soumis à une information renforcée des consommateurs, donc, y compris dans le domaine bancaire. En effet, le droit européen essaie de prendre en compte à la fois les intérêts économiques des entreprises et les intérêts des consommateurs. Cependant, le consumérisme européen semble être appréhendé plutôt sous « l'angle économique », les directives européennes et les juges européens mettant l'accent sur l'harmonisation des conditions de concurrence au sein du marché intérieur⁷⁶⁸, car les consommateurs sont à la fois au cœur de la politique communautaire de la concurrence et d'une politique spécifique de protection⁷⁶⁹. Le rapprochement des législations européennes en matière d'information des consommateurs, y compris dans le domaine bancaire, est avant tout un instrument d'élimination des distorsions, voire des restrictions de la concurrence.

La première finalité de l'information du consommateur, dans la logique européenne est l'égalité et la liberté de la concurrence. « *Il s'agit là, (...), d'un témoignage de la véritable nature de l'obligation d'information en droit communautaire, dont le fondement se situe plutôt du côté du bon fonctionnement du marché intérieur que de celui de la mise à disposition d'une information par le professionnel au bénéfice du consommateur.* »⁷⁷⁰

En conclusion, il est indéniable que le droit de la consommation a renforcé les obligations d'information d'origine législative pesant sur les professionnels, y compris sur le banquier, au nom du respect de la libre concurrence, de la suppression des obstacles aux libertés de circulation et, implicitement, de la correction des dysfonctionnements du marché.

C. Par la déontologie bancaire et financière

453. Déontologie professionnelle et économie libérale. Dans la droite ligne du principe énoncé par Adam Smith selon lequel le commerçant limite lui-même son comportement opportuniste pour garantir sa propre réussite, la déontologie professionnelle s'est développée dans le contexte d'une économie du marché ouverte de type libéral, privilégiant une approche d'autodiscipline et de déréglementation. C'est ce qui s'est passé dans de nombreux Etats membres de l'Union européenne, dans les années 1980, à l'instar des Etats-Unis.

⁷⁶⁸ Voir en ce sens Y. MARKOVITZ, *La directive C.E.E. du 25 juillet 1985 sur la responsabilité du fait des produits défectueux*, préface de J. GHESTIN, LGDJ, *Bibl. dr. pr.*, tome 211, 1990, p. 79 et ss.

⁷⁶⁹ J.-L. CLERGERIE, A. GRUBER, P. RAMBAUD, *L'Union européenne*, 9^e édition, Dalloz, 2012, p. 577.

⁷⁷⁰ E. POILLOT, *op. cit.*, p. 100.

454. Principales motivations des professionnelles. Les avantages de la déontologie des activités bancaires et financières résident aux yeux des professionnels dans la responsabilité et la confiance réciproque des différentes parties. Ainsi il a été jugé que la « *capacité d'autorégulation des marchés doit s'appuyer sur un corps des règles déontologiques admises par la communauté financière. (...)C'est à la déontologie d'occuper l'espace laissé par la nécessaire limitation du recours à une réglementation externe* »⁷⁷¹. Cela nous rappelle sans équivoque les principes dégagés par la doctrine économique libérale classique. Ce phénomène est sans doute lié à la « bancarisation » de la société qui a augmenté la pression consumériste, par la concurrence acerbe et la course aux clients et à la rentabilité. Il est aussi l'expression des influences « *anglo-saxonnes et communautaires, successivement approfondies et relayées avec des objectifs mêlant les marchés, les professionnels et les clients* »⁷⁷².

455. Déontologie bancaire et financière en France. Bien qu'il n'existe pas encore de code déontologique du banquier en France, il y a, en revanche, plusieurs textes élaborés par des associations représentatives des professionnels du secteur financier, approuvés par les autorités de tutelle et figurant sur une liste arrêtée par le ministre de l'Economie⁷⁷³. Il résulte de la jurisprudence⁷⁷⁴ en la matière, mais également des dispositions du Code monétaire et financier que les codes de conduite visés à l'article L. 611-3-1 ne se confondent pas avec les règles de bonne conduite qu'on retrouve dans le même code⁷⁷⁵. En outre, en vertu de l'article

⁷⁷¹ H. DE LA BRUSLERIE, « Réflexions sur la déontologie des activités financières », *Rev. Éco. Fin.* 1988, n° 4, p. 15.

⁷⁷² A. BRUYNEEL, « La déontologie bancaire et financière en 1988 : mode et nécessité ? » in *La déontologie financière et bancaire/ The Ethical Standards in Banking and Finance*, Cahiers AEDBF, édition Bruylant, Bruxelles, 1998, p. 33.

⁷⁷³ Les règles d'autodiscipline en matière de commercialisation et de protection de la clientèle sont élaborées par le secteur lui-même par le biais des associations professionnelles sous forme de codes de bonne conduite. Dans cette catégorie nous pouvons nous référer aux divers codes et normes déontologiques adoptés par le milieu professionnel, tels que le code de l'association des sociétés et fonds d'investissement (1991), la charte des agents de marchés interbancaires (1988), le code concernant les agents des marchés interbancaires (1997), le code des gérants de portefeuille, le règlement de déontologie des OPCVM (1996), le code de bonne conduite de l'association des spécialistes en valeurs de Trésor (1997) ; Règlement de déontologie des sociétés de gestion de portefeuille intervenant dans le capital-investissement (2013) ; Règlement de déontologie de l'AFG (Association Française de la Gestion Financière) et de l'AFIC (Association Française des Investisseurs pour la Croissance). En application des art. L. 612-29-1, L. 621-1 du code monétaire et financier, ces codes doivent être transmis aux autorités de surveillance compétentes (ACPR ou AMF). Les banques sont tenues d'appliquer les codes de conduite et en cas de manquements aux devoirs professionnels ainsi consentis, l'ACPR (et avant la Commission bancaire), après avoir mis ses dirigeants en mesure de présenter leurs explications, peut leur adresser une mise en garde. En application de l'art. L612-39 du Code monétaire et financier, si l'établissement de crédit qui a enfreint les dispositions issues des codes de conduite homologués applicables à sa profession, n'a pas tenu compte d'une mise en garde peut se voir infliger une sanction disciplinaire. En ce qui concerne les codes de conduite qui entrent dans le domaine de compétence de l'AMF, conformément aux art. L. 621-14 et L. 621-15 du code monétaire et financier, toute méconnaissance à ces dispositions est susceptible de donner lieu à une injonction ou une sanction.

⁷⁷⁴ CE 28 juillet 2011 n° 328655, Société Crédit Immobilier De France Ouest.

⁷⁷⁵ Le Code monétaire et financier recense plusieurs dispositions législatives concernant les règles de bonne conduite, introduites au fur et à mesure des modifications apportées notamment sous l'influence communautaire. Ainsi, si le terrain privilégié des règles de bonne conduite reste celui des services d'investissements (art. L 533-1 relatif aux obligations générales des prestataires de services d'investissement, art. L 533-11 concernant les dispositions communes à tous les prestataires de services d'investissement, art. L 541-8-1 sur les règles de bonne conduite des conseillers en investissements

L 612-29-1 du Code monétaire et financier, l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution « peut constater l'existence de bonnes pratiques professionnelles ou formuler des recommandations définissant des règles de bonne pratique professionnelle en matière de commercialisation et de protection de la clientèle ». Elle peut même solliciter le secteur bancaire, via ses associations professionnelles, de lui faire des propositions dans ces matières. Ces bonnes pratiques professionnelles constatées ou recommandées par l'Autorité feront l'objet d'une publication dans un recueil en sus des codes de conduite et autres règles professionnelles dont elle assure le respect⁷⁷⁶. Elles alimentent notamment la notion des règles de bonne conduite. Nous en déduisons donc que leur valeur juridique est similaire à celles des codes de conduite et que l'absence d'un code commun établi par toutes les associations professionnelles est une option française. Par exemple, les Britanniques⁷⁷⁷, les Belges⁷⁷⁸ ou les Luxembourgeois⁷⁷⁹ ont franchi le pas.

456. Limites de la déontologie professionnelle. Nous ne pouvons pas ignorer que cette « *soft law* » reste élaborée par le secteur bancaire et financier lui-même par le biais des associations professionnelles qui ont comme principale mission celle de défendre les intérêts de la profession. C'est l'une des principales raisons qui explique la méfiance des clients, mais

financiers), mais concernent aussi le démarchage (art. L. 341-11 du code monétaire et financier), ou les intermédiaires en opérations de banque et services de paiement (art. L. 519-4-1 du code monétaire et financier). Dans ce contexte, nous rappelons que les art. 314-3, 314-3-1 et 314-3, du Règlement Général de l'Autorité des Marchés Financiers, tels que modifiés par l'arrêté du 3 octobre 2011, sont consacrés tout particulièrement à la primauté de l'intérêt du client et respect de l'intégrité des marchés. Il est prévu « le prestataire de services d'investissement agit d'une manière honnête, loyale et professionnelle, avec la compétence, le soin et la diligence qui s'imposent, afin de servir au mieux l'intérêt des clients et de favoriser l'intégrité du marché. ».

⁷⁷⁶ Citons les dernières recommandations ACPR: Recommandation 2013-R-01 sur le recueil des informations relatives à la connaissance du client dans le cadre du devoir de conseil en assurance vie ; Recommandation 2012-R-02 sur la commercialisation des comptes à terme, Recommandation 2012-R-01 portant sur la commercialisation auprès des particuliers de prêts comportant un risque de change ; Recommandation 2011-R-05 sur le traitement des réclamations ; Recommandation 2011-R-04 sur la commercialisation des contrats d'assurance vie liés au financement en prévision d'obsèques ; Recommandation 2011-R-03 sur la commercialisation de contrats d'assurance vie en unités de compte constituées de titres de créance émis par une entité liée financièrement à l'organisme d'assurance ; Recommandation 2011-R-02 portant sur les communications à caractère publicitaire des contrats d'assurance vie en unités de compte composées de titres obligataires et autres titres de créance ; Recommandation 2010-R-01 portant sur la commercialisation des contrats d'assurance sur la vie en unités de compte constitués d'instruments financiers complexes, prise conformément au 3° du II de l'art. L.612-1 du Code monétaire et financier.

⁷⁷⁷ *Code of Banking Practice* dit également *Code of Good Banking* en vigueur depuis 1994, voir en ce sens B. BOISSEAU, C. SAYAG, *Déontologie et droit des activités financières au Royaume-Uni*, édition Montchrestien, collection Finance et société, 1996.

⁷⁷⁸ En Belgique, le secteur bancaire est représenté par l'Association belge des banques (ABB) qui défend les intérêts de la profession et élabore divers codes de conduite. Un Code de bonne conduite est entrée en vigueur en 1998 et définit les règles de conduite que les banques doivent respecter dans leur relations avec les clients particuliers ; notion qui est similaire à celle de consommateur; voir en ce sens A. WILLEMS, « Conditions générales bancaires (Quelques observations en début de millénaire) », in *Les conditions générales bancaires/Algemene Bankvoorwaarden*, Actes du colloque du 3 décembre 2004, organisé par la section belge de l'Association Européenne pour le Droit Bancaire et Financier (AEBDF-Belgium), Bruylant, Bruxelles, 2005, p. 38 et s.

⁷⁷⁹ Citons le Code de déontologie de l'Association des Banques et Banquiers, Luxembourg (ABBL) ou le Code de déontologie de l'Association des compagnies d'assurance du Grand-Duché de Luxembourg (ACA).

également des juristes envers ces normes professionnelles, et cela en dépit du fait qu'elles sont soumises à l'homologation directe du Ministère et à l'approbation et contrôle de l'Autorité de contrôle prudentiel. Du fait de l'origine de leur élaboration, ces règles d'autodiscipline, dites également règles déontologiques ou éthiques, codes de conduite ou tout simplement normes professionnelles, visent d'abord à protéger les entreprises du secteur bancaire et financier, en contribuant à la construction d'un milieu concurrentiel favorable caractérisé par une concurrence loyale entre les entreprises. Elles œuvrent également à la construction d'une image de marque dans un monde où la bonne réputation est une valeur clé pour la réussite⁷⁸⁰. C'est d'ailleurs pour cette raison qu'elles représentent une voie d'entrée de la doctrine libérale lorsqu'on évoque les fondements des obligations d'information, de mise en garde et de conseil. Force est de constater que ces normes déontologiques en France, tout comme ailleurs en Europe ou dans le monde, mettent l'accent sur la loyauté, la transparence, la sécurité et l'intégrité de marché, des valeurs éthiques omniprésentes, mais sans être vraiment efficaces pour protéger le consommateur, du moins au moment de leur apparition⁷⁸¹.

C'est l'évolution de la responsabilité du banquier, disciplinaire et civile, qui a renforcé la protection de la clientèle. La déontologie des activités bancaires et financières est venue, lentement et progressivement, alimenter la responsabilité disciplinaire, voire civile du banquier en matière d'information, de mise en garde et de conseil envers les clients.⁷⁸²

Même si leur rapport avec le droit reste pour le moment assez ambigu, leur valeur juridique étant variable, il y a néanmoins une tendance qui nous permet de penser que les années à venir verront ces codes de conduite - formes volontaires de régulation - assimilés au droit positif à l'aide d'une jurisprudence innovante des cours et tribunaux, facilitant ainsi la protection des clients et des investisseurs.

⁷⁸⁰ F. DOMONT-NAERT, « Le rôle de la déontologie et la protection des consommateurs dans le secteur bancaire et financier » in *La déontologie financière et bancaire/ The Ethical Standards in Banking and Finance*, Cahiers AEDBF, édition Bruylant, Bruxelles, 1998, p.189 et s.

⁷⁸¹ J.-P. MATTOUT, « La déontologie financière et bancaire en France » in *La déontologie financière et bancaire/ The Ethical Standards in Banking and Finance*, Cahiers AEDBF, édition Bruylant, Bruxelles, 1998, p. 37 et s.

⁷⁸²Pour le droit français, en ce qui concerne l'assimilation de la faute civile à la faute déontologique voir Civ. 1^{ère} 18 mars 1997, arrêt n° 526 en matière de droit médical ;J.-P. MATTOUT, « La déontologie financière et bancaire en France » in *La déontologie financière et bancaire/ The Ethical Standards in Banking and Finance*, Cahiers AEDBF, Bruylant, Bruxelles, 1998, p. 51 ; Com. 29 avril 1997, D. 1997, 459, obs. Y. SERRA relative à la responsabilité pour méconnaissance des règles déontologiques de la profession d'expert comptable ; La doctrine parfois considère que les normes professionnelles déontologiques ont une valeur contractuelle.

Pour le droit belge, le Code de bonne conduite d'ABB peut être invoqué devant les juges pour montrer les usages de la profession. Certaines banques belges ont même décidé d'inclure les dispositions du code dans leurs conditions générales et les clients peuvent l'invoquer devant les tribunaux ou l'ombudsman.

CONCLUSION DE LA SECTION I :

457. Pensée économique libérale et essor des obligations d'information, de mise en garde et de conseil du banquier à l'égard de ses clients. Pour conclure, nous avons considéré que les données économiques éclairent l'émergence et le développement des obligations d'information, de mise en garde et de conseil du banquier à l'égard de sa clientèle particulière. Ces instruments juridiques d'origine législative et prétorienne représentent des actes d'intervention étatique dans les contrats et donc implicitement dans le marché et sont intimement liés à la protection des parties réputées faibles face aux professionnels, parties fortes du contrat. En partant de ce constat, nous avons présenté différents courants et écoles de la pensée économique libérale pour comprendre leur positionnement sur les questions de l'intervention législative de l'Etat et de la protection des contractants faibles. Ainsi, nous avons vu que ces deux problématiques ont préoccupé les économistes libéraux, depuis Adam Smith et jusqu'à nos jours, même si la réflexion s'est faite lentement et progressivement.

458. Variations sur un thème classique : correction des déséquilibres du marché, intervention législative et protection des parties faibles. Si aucun penseur libéral ne conteste les bienfaits de la libre concurrence, vue comme la meilleure forme de fonctionnement d'un marché et la seule qui puisse garantir une prospérité à long terme des peuples, en revanche les économistes libéraux ne sont pas unanimes en ce qui concerne la correction des déséquilibres du marché. Conscients des déséquilibres potentiels liés à l'opportunisme des individus, même les économistes classiques et néo-classiques ont milité pour l'intervention étatique lorsque la concurrence se révélait inadaptée, afin de créer un environnement favorable à l'enrichissement des nations. Même s'ils n'ont pas poussé cette idée jusqu'à la protection des parties faibles, à grande échelle, il y a eu cependant des voix qui ont enrichi la réflexion économique avec des impératifs d'ordre moral, légitimant ainsi l'intervention publique pour défendre les intérêts des plus faibles⁷⁸³. Mais c'est l'école ordo-libérale et les adeptes de la nouvelle microéconomie qui ont fourni les théories les plus abouties en ce sens. Tout en gardant à l'esprit les bienfaits de la libre concurrence d'un marché ouvert, de type libéral, ces deux écoles ont tout d'abord montré les déséquilibres inévitables du marché livré à lui-même et ensuite ont proposé les remèdes nécessaires. Ainsi, nous avons vu que les économistes appartenant à l'école ordo-libérale ont jugé que l'intervention de l'Etat, notamment par le biais du droit, était nécessaire pour assurer le bien-être de tous. La nouvelle microéconomie s'est attachée à mettre en lumière les imperfections du marché liées à l'asymétrie de l'information et, par conséquent, a alimenté les raisons d'être des interventions législatives en faveur d'une meilleure information des contractants.

Après avoir montré l'influence de la doctrine économique du marché fonctionnel et les voies de son introduction dans les raisons d'être des obligations d'informations, de mise en garde et de conseil des établissements bancaires envers leurs clients, nous mettrons en lumière que ces

⁷⁸³ Voir *supra* n° 420 à 422.

obligations constituent en effet des instruments de correction des imperfections du marché (Section II).

Section II : Les obligations d'information, de mise en garde et de conseil du banquier - instruments de correction des imperfections du marché

459. Instruments de correction des imperfections du marché. Nous avons vu que la protection du marché par le droit contre les facteurs perturbateurs d'ordre économique était au cœur du discours ordo-libéral qui a fortement influencé le droit européen. Nous avons constaté également que pour la nouvelle microéconomie l'asymétrie de l'information était une source de dysfonctionnement du marché justifiant à elle-seule l'intervention étatique. Or, les obligations d'information, de mise en garde et de conseil du banquier reflètent pleinement cette vision économique. Nous montrerons qu'elles constituent des instruments juridiques de correction des imperfections du marché, contribuant à l'équilibre du marché et, implicitement, des intérêts économiquement divergents.

§1 A la recherche de l'équilibre du marché

460. Bénéfices de la concurrence non-faussée dans la vision du législateur européen. Selon la doctrine économique du marché fonctionnel, la concurrence libre, loyale et non faussée est une condition *sine qua non* pour la croissance économique et c'est la raison pour laquelle elle a constitué dès le début un objectif essentiel de la Communauté économique européenne. L'article 3g du Traité CE spécifiait en effet que les institutions communautaires devaient mettre en place « *un régime assurant que la concurrence n'est pas faussée dans le marché intérieur* ». L'article en tant que tel n'a pas été repris dans le nouveau article 3 du Traité sur l'Union européenne (TUE) relatifs aux objectifs de l'Union qui se contente de disposer simplement que « *l'Union établit un marché intérieur* ». Cependant, on n'a pas renoncé à l'exigence d'un « *système garantissant que la concurrence n'est pas faussée* », elle étant remplacée dans le « Protocole n° 27 sur le marché intérieur et la concurrence » qui est annexé au traité. Cette modification qui porte seulement sur la forme, et non sur le fond du concept, s'explique par le fait que ces dernières années la concurrence est devenue « *un symbole très critiqué de l'action de l'Union européenne, notamment en France* »⁷⁸⁴.

Si la concurrence pure et parfaite n'a jamais existé, en dehors des modèles mathématiques, étant seulement l'idéal de tout économiste adhérant au libéralisme économique, il est vrai, en revanche, que la concurrence que se livrent les acteurs économiques est une réalité quotidienne incontestable. Elle met en mouvement des intérêts contradictoires. C'est dans ce

⁷⁸⁴ D. REVELIN, « La politique de la concurrence – une réussite majeure pour l'Union » in Th. JOUNO (dir.), *Questions européennes. Le droit et les politiques de l'Union*, préface de Pascal Lamy, PUF, 2009.

contexte qu'il faut analyser la politique de concurrence de l'Union européenne qui repose sur l'idée que les marchés en concurrence libre et non faussée sont bénéfiques tant à l'économie dans son ensemble, qu'aux consommateurs en particulier⁷⁸⁵. L'Union européenne, sous l'influence tout d'abord des idées économiques ordolibérales et ensuite de l'école de Harvard et de l'école de Chicago⁷⁸⁶, a fixé des règles pour garantir une concurrence libre et saine sur son marché, en luttant contre les restrictions de concurrence.

461. Nécessité de renforcer la transparence. Toutefois, il ne suffisait pas de lutter contre les pratiques anticoncurrentielles (en réprimant les ententes et les abus de position dominante⁷⁸⁷) ou de contrôler les concentrations des entreprises⁷⁸⁸ et les aides d'état⁷⁸⁹. Encore fallait-il s'assurer de la transparence du marché. D'où l'essor des interventions législatives communautaires et nationales en faveur de l'information des consommateurs, y compris des clients des établissements bancaires. Par conséquent, les obligations d'information, de mise en garde et de conseils, et notamment celles d'origine législatives, imposées aux professionnels en général, et aux banquiers en particulier, doivent s'analyser comme des instruments de correction des imperfections du marché.

462. Instruments pour garantir la concurrence non-faussée. En effet, les actions européenne et nationale, sont de ce point de vue, à la recherche des instruments aptes à garantir la libre concurrence, à la fois loyale (A) et saine (B). De toute évidence, il s'agit de s'approcher, par le biais de l'intervention publique, de la concurrence pure et parfaite, état idéal du marché fondé entre autres sur la notion de transparence absolue. Il s'agit ainsi d'une rupture idéologique par rapport au crédo néo-classique et ultralibéral, selon lequel les interventions étatiques sont nuisibles à la libre concurrence. Mais, ce n'est qu'une rupture partielle, du fait de l'attachement à la conviction que le non-respect de la transparence absolue est une cause de dysfonctionnement du marché.

A. Une concurrence loyale

463. Informer, mettre en garde et conseiller pour stimuler la concurrence loyale. A la lumière de ces propos, les obligations législatives d'information, de mise en garde et de conseil doivent s'analyser comme des instruments pour stimuler la concurrence loyale sur le marché du secteur bancaire. Elles ont comme finalité l'amélioration de la compétitivité des banques et l'institution des règles de jeu identiques à toutes les banques, en faisant l'écho de l'idée que le non-respect de la transparence est néfaste au marché dans son ensemble, et aux clients en particulier. C'est dans ce contexte qu'il faut également voir l'essor d'une part des interventions étatiques prônant une meilleure information des consommateurs, et d'autre part

⁷⁸⁵ D. REVELIN, *idem*, p. 402.

⁷⁸⁶ G. VALLINDAS, *op.cit.*; D. REVELIN, *op.cit.*, p. 402.

⁷⁸⁷ Art. 101 et 102 du TFUE, précité.

⁷⁸⁸ Règlement 139/2004 du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations des entreprises.

⁷⁸⁹ Art. 107 et 108 du TFUE précité.

les normes déontologiques adoptées par la profession elle-même dans le but d'accroître la transparence. Le libre jeu de la concurrence est menacé si seulement certaines banques se mettent à informer, mettre en garde des risques encourus ou conseiller les clients. Ce serait un fonctionnement du marché injuste et inefficace d'abord en termes de coûts, car l'information de la clientèle implique des coûts importants et ensuite en termes d'inefficiences du marché (distorsions de la concurrence, manque de confiance des clients, absence de pression concurrentielle, performance à court terme au détriment de la performance à long terme, etc.). Par conséquent, ces interventions législatives instaurent essentiellement une égalité entre les professionnels, sans négliger la restauration de l'équilibre rompu entre les clients, parties faibles, et les professionnels. De ce point de vue, la législation apporte son soutien à la nécessité économique de limiter les imperfections du marché, en instaurant une concurrence loyale. C'est pour cela qu'au niveau européen, les instruments utilisés ont été le rapprochement des législations nationales afin de garantir, en toute loyauté, les mêmes règles du jeu en matière de transparence pour l'ensemble des acteurs du secteur bancaire.

B. Une concurrence saine

464. Informer, mettre en garde et conseiller pour stimuler la concurrence saine. Les distorsions de la concurrence prennent plusieurs formes, pouvant résulter des comportements des professionnels (ententes, abus de positions dominantes), de la structure du marché (les concentrations qui entravent de manière significative la concurrence effective dans le marché intérieur), de l'action des Etats (les mesures publiques favorisant certaines entreprises au détriment des autres, les mesures protectionnistes en général) ou de l'absence de transparence sur le marché. A l'opposé, une concurrence saine assure le meilleur fonctionnement possible du marché, en permettant notamment la diversification des offres, la diminution des prix, l'amélioration de la qualité des produits, la stimulation de l'innovation, et enfin l'augmentation du bien-être des consommateurs. Etant donné que le mythe de l'équilibre général des marchés et la rationalité parfaite des individus a été démenti par la réalité, la protection de la concurrence en Europe, et donc en France, a fait l'objet d'interventions publiques, sous la forme de règles imposées par voie législative, dans le but de s'approcher le plus possible des conditions optimales de fonctionnement du marché.

La nécessité d'assurer une information optimale des consommateurs s'inscrit dans cette démarche de protection de la concurrence, car le marché n'est jamais entièrement transparent comme l'avait présenté la théorie néo-classique. Comme nous l'avons déjà vu, il est souvent perturbé par des dysfonctionnements importants liés à l'absence de transparence informationnelle dans les échanges, qui peuvent prendre notamment la forme de l'antisélection (*adverse selection*) et du risque moral (*moral hazard*). En réalité, le consommateur, dépourvu de sa rationalité parfaite, risque d'être une victime potentielle de la manipulation menée par les producteurs et le marketing. Sans intervention publique pour le protéger, et surtout dans le contexte d'une économie de marché mondialisée, il n'est ni capable de maximiser son bien-être, ni de se défendre tout seul. Une telle situation s'avère néfaste, du moins à long terme, pour toutes les parties, quelles qu'elles soient : entreprises ou

particuliers. Ceci explique le triomphe de l'intervention publique en matière de protection de la concurrence et des consommateurs qui sont deux politiques complémentaires.

465. Méthode américaine importée par les européens. Partant de ces constats, les obligations d'information, de mise en garde et de conseil du banquier à l'égard de ses clients trouvent leurs justifications dans le besoin d'assurer des conditions optimales de concurrence⁷⁹⁰. Loin d'être une solution européenne ou française, les américains ont été les premiers à l'appliquer et ensuite à l'exporter⁷⁹¹. Aux Etats-Unis, les lois sur l'information du consommateur et la transparence sont aujourd'hui au cœur de la réglementation et de la supervision bancaire. L'idée de protéger les consommateurs des opérations bancaires, en leur donnant « *l'information nécessaire pour pouvoir comparer les offres de crédit et prendre des décisions éclairées sur leur choix* », « *s'est accru rapidement ces dernières décennies, surtout en réponse à la croissance exponentielle du crédit à la consommation et des relations entre les banques et leurs clientèles* »⁷⁹².

La protection de la clientèle bancaire, par le biais de l'information d'une manière élargie, uniformisée et formaliste, est ainsi apparue du besoin d'assurer le bon fonctionnement du marché. Toute distorsion qui porte atteinte à la transparence du marché entrave la concurrence, en empêchant le consommateur de jouer son rôle d'équilibre dans le marché, en limitant ses choix et en affectant notamment la consommation des ménages, moteur essentiel de la croissance économique⁷⁹³.

⁷⁹⁰ Voir N. SAUPHANOR-BROUILLAUD, E. POILLOT, C. AUBERT DE VINCELLES et G. BRUNAU, *Les contrats de consommation - Règles communes*, op. cit., p. 4 : « En d'autres termes, l'harmonisation des législation nationale de protection des consommateurs est censée gommer les disparités qui peuvent entraîner des distorsions de concurrence entre les entreprises et affecter ainsi la libre circulation des biens et services. ».

⁷⁹¹ La politique américaine de la concurrence trouve ses origines dans le *Sherman Act* de 1890 et la politique de protection des consommateurs bancaires a vu le jour pour la première fois également aux Etats-Unis, berceau du libéralisme économique, dès 1968 avec le *Consumer Credit Protection* ; voir CALAIS-AULOY, F. STEINMETZ, *Droit de la consommation*, 6^e édition, Dalloz, Précis, 2003, p. 2 ; D. BLACHE, *Le droit bancaire des Etats-Unis : le modèle pour l'Europe bancaire ?* op. cit., p. 185 et ss. ; S. VIGNERON-MAGGIO-APRILE, op. cit., p.31.

⁷⁹² D. BLACHE, *ibidem*, cite notamment la loi *Truth in Lending Act (TILA)* qui date de 1968, mais qui a fait l'objet de plusieurs modifications.

⁷⁹³ Voir à titre d'exemple : Sénat, Rapport d'Information, 2012, n° 602, fait par Mmes M. DINI et A.-M. ESCOFFIER, au nom de la commission sénatoriale pour le contrôle de l'application des lois sur l'application de la loi n° 2010-737 du 1er juillet 2010, portant réforme du crédit à la consommation, enregistré à la Présidence du Sénat le 19 juin 2012 : « La loi n° 2010-737 du 1er juillet 2010 portant réforme du crédit à la consommation a été votée dans un contexte marqué par deux constats contradictoires. Le premier est celui d'une crise économique sans précédent, affectant notamment la consommation des ménages, pourtant moteur essentiel de la croissance économique française. Le second est celui d'une dérive manifeste des pratiques de crédit à la consommation depuis le début des années 2000, expliquant en partie la hausse continue du phénomène du surendettement des particuliers. Encadrer le crédit et prévenir le surendettement sans remettre en cause la capacité de consommation des ménages : telle était l'ambition de cette loi. » <http://www.senat.fr/rap/r11-602/r11-6021.pdf> (page consultée le 6 juin 2013).

§2 A la recherche de l'équilibre des intérêts économiques divergents

466. Conciliation des intérêts divergents. Les obligations d'information, de mise en garde et de conseil du banquier à l'égard de sa clientèle particulière concernent un domaine où la conciliation des intérêts économiques divergents se révèle essentielle pour le bon fonctionnement du marché bancaire. Nous montrerons que ces obligations concilient les intérêts de la clientèle particulière (A) et ceux des professionnels (B).

A. Les intérêts des clients

467. Diversité de la clientèle protégée. Les obligations d'information, de mise en garde et de conseil font partie d'un arsenal législatif et jurisprudentiel orienté vers la protection des intérêts d'une partie de la clientèle particulière. Il s'agit de protéger les clients qui peuvent être qualifiés de consommateurs, lorsque les opérations bancaires subissent les influences du droit de la consommation, ou bien des clients profanes ou parties faibles, lorsque la protection vient par le biais du droit commun, ou encore des non-professionnels, lorsque la protection est relative aux opérations de prestations de services d'investissement.

468. Diversité des intérêts protégés. A titre d'exemple, l'article 169 TFUE énonçant les objectifs généraux de la politique européenne de protection de tous les consommateurs, prévoit que l'Union « *contribue à la protection de la santé, de la sécurité et des intérêts économiques des consommateurs ainsi qu'à la promotion de leur droit à l'information, à l'éducation et à s'organiser afin de préserver leurs intérêts* »⁷⁹⁴. Il ne fait aucun doute que la situation des clients s'est améliorée grâce aux obligations d'information en matière de conditions générales et des prix, de crédit à la consommation, de crédit immobilier, d'opérations d'assurance liée au crédit, d'assurance sur la vie, ou encore de démarchage⁷⁹⁵. Le même constat s'impose aussi lorsqu'on analyse l'impact des obligations de mise en garde et de conseil en matière de crédit ou de prestations de services d'investissement. Ces instruments juridiques ont restauré un équilibre contractuel en faveur des clients, en les aidant à prendre conscience de l'étendue et des risques de leurs engagements. Ces trois instruments ont contribué eux aussi, en sus de nombreuses autres mesures, à une croissance de la consommation, du bien-être de la clientèle particulière et de la confiance dans les opérations bancaires. Les clients sont censés mieux utiliser leurs ressources, choisir plus librement entre les différents produits et services offerts et même exercer une influence sur les prix et les tendances du marché. Sans une information suffisante sur les caractéristiques essentielles des produits et services acquis (la nature, les risques, les prix, la durée de

⁷⁹⁴ J.-L. CLERGERIE, A. GRUBER, P. RAMBAUD, *op. cit.*, p. 578

⁷⁹⁵ R. ROUTIER, *Obligations et responsabilités du banquier*, Dalloz, Référence, 2ème édition, 2008, n° 321.00 et ss.

l'assurance), le client ne pourrait pas effectuer un choix éclairé et rationnel entre les produits et services concurrents.

B. Les intérêts des professionnels bancaires

469. Intérêts des professionnels nécessairement pris en compte. Dans leur œuvre d'assainissement des opérations de clientèle, ni le législateur, ni la jurisprudence ne font référence explicitement aux intérêts des professionnels du secteur bancaire. Pourtant, il ne fait aucun doute que c'est l'équilibre des différents intérêts en cause qui est recherché et pas uniquement l'intérêt des consommateurs. A ce titre, il n'est pas inutile de relever que dans le programme préliminaire européen pour une politique de protection et d'information des consommateurs⁷⁹⁶ il était reconnu que « *la politique générale de la Communauté résulte de compromis entre des intérêts économique contradictoires* ». Un autre exemple, plus récent, est le Rapport d'information de 2012 de Mmes Muguette Dini et Anne-Marie Escoffier, au nom de la commission sénatoriale pour le contrôle de l'application des lois, qui souligne que les objectifs de la loi Lagarde⁷⁹⁷, portant réforme du crédit à la consommation, ont été « *d'encadrer le crédit et prévenir le surendettement sans remettre en cause la capacité de consommation des ménages (...)* » - « *(...) moteur essentiel de la croissance économique française* »⁷⁹⁸. On s'aperçoit encore une fois que l'opportunité de prendre en compte les intérêts économiques n'a pas échappé au législateur. Cela confirme que les conséquences de l'essor des obligations d'information, de mise en garde et de conseil du banquier doivent être mesurées à la lumière des intérêts à la fois des particuliers qui consomment des services bancaires et des professionnels qui les proposent.

470. Bénéficiaire des bienfaits du bon fonctionnement du marché. Les avantages des banquiers tiennent d'une part aux bienfaits économiques attendus du libre jeu d'une concurrence loyale et saine et d'autre part à la clarification d'une tendance législative génératrice de sécurité juridique. Si l'on applique les enseignements de la doctrine économique du marché fonctionnel, en situation de concurrence non faussée et en présence des consommateurs aptes à choisir librement, qui stimulent ainsi la concurrence, les entreprises sont gagnantes, à long terme. Par conséquent, malgré des coûts importants en termes de travaux informatiques, de refonte des offres de contrats, des processus internes, d'envoi des courriers clients et de formation des collaborateurs⁷⁹⁹, les établissements bancaires

⁷⁹⁶ Programme préliminaire pour une politique de protection et information du consommateur du 14 avril 1975, J.O. 1975, n° C92, point 13.

⁷⁹⁷ Loi n° 2010-737 du 1er juillet 2010, portant réforme du crédit à la consommation.

⁷⁹⁸ Sénat, Rapport d'Information, 2012, n° 602, fait par M. DINI et A.-M. ESCOFFIER, au nom de la commission sénatoriale pour le contrôle de l'application des lois sur l'application de la loi n° 2010-737 du 1er juillet 2010, portant réforme du crédit à la consommation, précité.

⁷⁹⁹ A titre d'exemple, rien que pour la mise en œuvre de la loi n° 2010-737 du 1er juillet 2010, portant réforme du crédit à la consommation (LCC), l'étude sur l'*Impact de l'entrée en vigueur de la loi du 1er juillet 2010 portant réforme du crédit à la consommation* réalisé par Athling pour le Comité consultatif du secteur financier (CCSF), France, septembre 2012, <http://www.tresor.economie.gouv.fr/File/375257> :

peuvent en principe compter sur la maximisation des profits : d'une part, la normalisation et la standardisation des contrats font que les coûts d'adaptation sont en général limités, dans une approche à long terme, et d'autre part la confiance des clients se retrouve dans l'augmentation de la consommation. Ainsi, une fois les règles de jeu connues, et appliquées par tous les établissements, les banquiers, en faisant confiance aux mécanismes de l'économie du marché, peuvent légitimement s'attendre à une maximisation de leurs profits. De surcroît, la gestion des risques juridiques et de non-conformité des banques est elle aussi aidée par la cristallisation législative en matière d'information, de mise en garde et de conseil du banquier envers ses clients. Les risques liés à l'insécurité juridique sont ainsi diminués.

Par ailleurs, il convient de remarquer que la position des professionnels bancaires n'a pas été considérablement aggravée par l'affirmation des obligations d'information, de mise en garde et de conseil. Ils ont été, en revanche, probablement perturbés par l'accumulation chaotique de nombreuses dispositions de droit spécial, s'ajoutant à une jurisprudence essentiellement fondée sur le droit commun des contrats. Ils ont été aussi probablement frappés par la subjectivité des critères de différenciation des clients profanes et avertis, et implicitement par leur manque de prédictibilité. Il se peut que les professionnels s'interrogent sur l'absence d'une définition légale des « consommateurs », alors que la législation a introduit dès 2010 la définition des consommateurs – emprunteurs. Mais, l'existence en soi de ces obligations n'aurait pas dû les perturber.

« Les budgets globaux alloués sont de l'ordre de 260 millions d'euros pour les établissements de crédit de notre échantillon. Les établissements de crédit spécialisés supporteraient plus de 85 % de l'ensemble de ces coûts. Cela vient du fait que ces établissements possèdent et maintiennent les « usines » de gestion des crédits à la consommation. Les dépenses informatiques représentent 42 % du total. Même si ces projets ont été réalisés dans un délai très court et si les prêteurs ont souvent été amenés à travailler à partir d'hypothèses qui ont été revues lors de la sortie des textes officiels, il n'a pas été signalé d'incidents majeurs lors du démarrage du 1er mai 2011, qui, pour mémoire, était un dimanche. »

CONCLUSION DE LA SECTION II

471. Instruments juridiques qui servent des finalités économiques. Pour conclure, nous avons vu que la théorie économique libérale a cherché à corriger les inévitables imperfections du marché, ainsi que les distorsions de la concurrence libre et non faussée. Le droit a été appelé à apporter son soutien à cette fin. Analysées sous cet angle, les obligations d'information, de mise en garde et de conseil du banquier apparaissent comme des instruments juridiques qui répondent au souci de créer un marché fonctionnel et peuvent être rattachées au paradigme libéral.

Ces trois obligations combattent les distorsions de la concurrence et les effets indésirables de l'asymétrie de l'information. Elles contribuent d'une part à créer les conditions nécessaires à une concurrence loyale et saine et d'autre part à assurer un équilibre entre les intérêts économiquement divergents de la clientèle particulière et des banquiers. Leur développement est un exemple de la transformation du droit au service des besoins économiques.

CONCLUSION DU CHAPITRE I

472. Données économiques et compréhension de l'évolution du droit. La connaissance des théories économiques est nécessaire pour ceux qui cherchent à comprendre l'émergence et le développement des obligations d'information, de mise en garde et de conseil du banquier. Nous considérons que les données économiques éclairent ce genre de recherches. Le droit des contrats bancaires représente sinon le domaine d'élection, au moins un terrain propice, à l'étude de la pénétration de l'économie dans le droit.

Pour comprendre l'influence des théories économiques, nous avons jeté un regard rétrospectif sur l'évolution de la pensée économique. Nous avons montré aussi que l'évolution de la pensée économique ne s'est pas conformée, d'une manière absolue, aux principes essentiels proclamés par les économistes classiques et néo-classiques. L'économie du marché caractérisée par la libre concurrence, confrontée à l'augmentation du nombre des produits, aux nouvelles conditions d'exploitation industrielle et commerciale, au développement de la consommation de masse a dû s'adapter, en imposant d'elle-même des correctifs aux principes absolus et immuables du libéralisme classique⁸⁰⁰.

Toujours est-il que la théorie de l'équilibre général qui proclame l'harmonie spontanée des marchés régis par la concurrence pure et parfaite reste d'actualité, dans le sens où elle définit un idéal à atteindre en matière économique. Construite par les néo-classiques, et développée par la suite, cette théorie hante encore et toujours les esprits. Elle est la pierre angulaire de la pensée économique libérale, car elle prouve que l'équilibre des marchés est, au moins du point de vue mathématique, possible à atteindre. Cette théorie part de quelques postulats : la parfaite rationalité de l'*homo aeconomicus* qui est à la recherche du maximum de satisfaction de ses besoins, en s'appuyant sur une connaissance parfaite et gratuite de tous les facteurs du marché, et en particulier de la valeur des biens et services (la transparence parfaite), dans un marché caractérisé par la diversité et la multitude des offres et demandes, l'homogénéité des produits, la libre entrée et sortie du marché et la libre circulation des facteurs de production. En réalité, bien évidemment, ces conditions n'ont jamais été vérifiées dans les faits. Face à ce constat, l'intervention de l'Etat est apparue nécessaire afin de corriger les imperfections du marché, en adoptant des mesures aptes à approcher le plus possible la concurrence réelle de la concurrence pure et parfaite – idéal économique de bien-être collectif. Ainsi, les mesures préconisées par l'école ordo-libérale et la nouvelle microéconomie ont visé notamment le renforcement de la transparence du marché et l'intervention étatique. Dans cette perspective les interventions publiques visent à corriger certains comportements, voire interdire les plus dangereux pour la concurrence.

Au fur et à mesure que l'évolution des données économiques et sociales a fait apparaître des déséquilibres du marché qui ont contribué à distinguer les parties fortes des parties faibles, les économies libérales ont adopté des mesures de protection des consommateurs. Si la théorie économique néo-classique leur accordait un statut privilégié de « rois du marché », en réalité

⁸⁰⁰ V. L. VENIAMIN, *Essai sur les données économiques dans l'obligation civile*, LGDJ, Paris, 1931, p. 9.

les consommateurs étaient dans l'incapacité de jouer le rôle assigné pour équilibrer le marché, en raison notamment des asymétries d'informations et autres imperfections. Dans ce contexte, nous avons vu que l'élargissement des interventions publiques en matière de transparence est étroitement lié à la sauvegarde des grands principes du libéralisme classique⁸⁰¹.

473. Informer, mettre en garde et conseiller pour corriger les déséquilibres du marché.

Analysées sous cet angle, les obligations d'information, de mise en garde et de conseil du banquier peuvent être rattachées au paradigme libéral. Elles combattent les distorsions de la concurrence et les effets indésirables de l'asymétrie de l'information, tout en rééquilibrant les contrats opposants parties faibles et fortes. Leur développement est un exemple de la transformation du droit sous l'action des besoins économiques.

Ces instruments juridiques sont étroitement liés au développement du consumérisme à l'échelle européenne et contribuent à la conciliation des intérêts antagoniques des faibles (clients particuliers) et forts (banquiers). En ce sens nous avons souligné entre autres qu'une meilleure information et une meilleure prise en compte des intérêts d'autrui sert de base à une prise de décision plus consciente, plus responsable et donc moins risquée pour les deux parties. Concomitamment nous avons mis en évidence que ces trois instruments représentent également un moyen d'égaliser les pouvoirs économiques entre banquiers et ses clients.

474. Doctrine du marché fonctionnel - fondement économique des obligations d'information, de mise en garde et de conseil du banquier à l'égard de sa clientèle. Nous avons montré que l'introduction de la doctrine libérale du marché fonctionnel dans les raisons d'être des obligations d'information, de mise en garde et de conseil dans le domaine bancaire s'est fait tout d'abord par le droit de la consommation à la fois national et européen et ensuite par la déontologie bancaire et financière.

Le législateur français a entendu avec pragmatisme protéger la partie réputée faible afin de trouver dans l'équilibre contractuel le complément du souci économique d'équilibre du marché. Dans la logique de l'économie sociale du marché, le législateur européen a visé dès le début la protection de la concurrence par le biais de la protection des parties faibles. En ce qui concerne la déontologie bancaire, celle-ci a été appelée à se développer dans le contexte d'une économie du marché ouverte de type libéral, privilégiant une approche de déréglementation et autodiscipline. Les banques confrontées à une forte concurrence ont contribué au développement des règles de bonne conduite. La déontologie bancaire a été pratiquée tout d'abord comme une technique commerciale apte à engendrer la confiance des clients, comme un moyen de fidélisation de la clientèle, se transformant ainsi dans un véritable outil de stratégie commerciale. Par conséquent, la transparence auto-imposée a eu comme finalité première la protection de la concurrence dans le marché bancaire.

⁸⁰¹ Thèse inacceptable pour les penseurs ultra-libéraux qui considèrent la protection purement si simplement spoliatrice (Bastiat, Hayek). Cependant, l'évolution juridique en droit de la concurrence et de la consommation confirme que ce sont les économistes libéraux modérés qui ont emporté la bataille idéologique.

Dans cette triple perspective, les obligations d'information, de mise en garde et de conseil peuvent être analysées comme étant des instruments qui s'inscrivent dans une logique ordolibérale, ayant comme fondement économique la protection de la concurrence et implicitement de la consommation.

475. Annonce du plan. Nous allons étudier maintenant les deux autres fondements des obligations d'informations, de mise en garde et de conseil du banquier : les fondements social et juridique (Chapitre II)

Chapitre II

Fondements social et juridique

476. Considérations introductives. L'apparition et l'essor ces dernières décennies des obligations d'information, de mise en garde et de conseil du banquier envers ses clients ne s'expliquent pas seulement par le besoin de corriger les imperfections du marché et par la réhabilitation du rôle du consommateur dans une économie de marché moderne. Ces obligations se nourrissent également des considérations d'ordre social, tout en reflétant l'influence de la morale dans les contrats⁸⁰². D'un point de vue juridique, leur élaboration à la fois par voie législative et jurisprudentielle cherche à agir sur les causes mêmes de la faiblesse des parties protégées afin de concilier la philosophie qui a inspiré le dogme de l'autonomie de la volonté avec le développement des « relations contractuelles de masse »⁸⁰³.

477. Annonce du plan. Dans ce chapitre, nous allons voir brièvement les considérations sociales (Section I) et juridiques (Section II) qui sont à l'origine de l'élaboration de ces nouveaux instruments juridiques⁸⁰⁴.

⁸⁰² M. FABRE-MAGNAN, *De l'obligation d'information dans les contrats. Essai d'une théorie*, op. cit. n° 31 et s. p. 24 et s.

⁸⁰³ J. GHESTIN, I. MARCHESSAUX-VAN MELLE, « Les contrats d'adhésion et les clauses abusives en droit français et en droit européen » in Centre de droit des obligations, Paris et Centre de droit des obligations, Louvain-la-Neuve, Belgique, *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels, Comparaisons franco-belge*, Rapports de Journées tenues de 1993 à 1995, alternativement à Paris I et à Louvain-la-Neuve, LGDJ, Bibl. dr. pr., t. 261, 1996, p. 2

⁸⁰⁴ Nous n'aborderons pas l'analyse morale des obligations d'information, de mise en garde et de conseil qui a été faite par Mme Muriel Fabre-Magnan in *De l'obligation d'information dans les contrats*, op. cit., n° 31 et s.

478. Fondement social et mouvement consumériste. Les obligations d'information, de mise en garde et de conseil du banquier à l'égard de ses clients étant en grande partie le produit du mouvement consumériste qui a touché depuis plus de 30 ans le secteur bancaire et les justifications d'ordre social de celui-ci se reflètent pleinement dans les raisons d'être de ce trio informationnel. Les considérations sociales ont animé le législateur et le juge tant au niveau national, qu'au niveau communautaire. Ainsi, « *en France, la finalité initiale du droit contractuel de la consommation fut celle de protéger une partie réputée faible face au professionnel, à travers de mécanismes de protection de l'intérêt individuel, répondant à un ordre public de protection.* »⁸⁰⁵ Sous l'influence communautaire, cette finalité a fini par se conjuguer avec la finalité primordiale assignée au droit européen de la consommation qui est celle du bon fonctionnement du marché intérieur. Toutefois, il ne fait aucun doute que même la politique européenne de l'information des consommateurs exprime des aspirations sociales, visibles dès le premier programme de 1975⁸⁰⁶.

Ces considérations sociales peuvent être regroupées en deux grandes catégories : le souci de protéger les consommateurs relève d'une part de l'aspiration d'amélioration qualitative des conditions de vie des citoyens (§1) et d'autre part de la nécessité de lutter contre l'injustice sociale à travers un idéal égalitaire (§2).

§1 Progrès social

479. Information des parties vulnérables et aspirations sociales. L'information des consommateurs est perçue comme un moyen d'amélioration qualitative des conditions de vie des citoyens. Le programme préliminaire de la Communauté économique européenne pour une politique de protection et d'information des consommateurs l'affirme clairement. Désormais, « *le consommateur n'est plus considéré seulement comme un acheteur et un utilisateur de biens et de services pour un usage personnel, familial ou collectif, mais comme une personne concernée par les différents aspects de la vie sociale qui peuvent directement ou indirectement l'affecter en tant que consommateur* »⁸⁰⁷. Cela impose de prendre largement en

⁸⁰⁵ N. SAUPHANOR-BROUILLAUD, E. POILLOT, C. AUBERT DE VINCELLES et G. BRUNAU, *Les contrats de consommation - Règles communes*, op.cit., n° 2, p. 3.

⁸⁰⁶ *Programme préliminaire de la Communauté économique européenne pour une politique de protection et d'information des consommateurs*, précité ; voir aussi en ce sens l'ouvrage collectif sous la direction de Th. BOURGOIGNIE (dir), *Regards croisés sur les enjeux contemporains du droit de la consommation*, op. cit., p. 7 et s. ; TH. BOURGOIGNIE, *Eléments pour une théorie du droit de la consommation au regard des développements du droit belge et du droit de la Communauté économique européenne*, op. cit., pp. 79 - 99

⁸⁰⁷ *Programme préliminaire de la Communauté économique européenne pour une politique de protection et d'information des consommateurs*, idem, point 3.

considération les intérêts des consommateurs dans les divers secteurs de la vie et à satisfaire leurs besoins collectifs et individuels.

Le même raisonnement s'applique en matière de protection des clients qui peuvent se prévaloir d'un état de faiblesse dû au manque d'expérience ou connaissance dans le domaine bancaire. La création des différents instruments juridiques pour rééquilibrer le rapport des forces inégales se nourrit des aspirations de progrès social.

§2 Idéal égalitaire

480. La passion de l'égalité⁸⁰⁸. Face à la vulnérabilité avérée et à l'inégalité d'une catégorie de plus en plus large des individus face à des stratégies de vente et de marketing poussées parfois à l'extrême, la politique européenne et nationale s'est proposée depuis les années 1970 « *d'envisager autrement que par le passé le statut du consommateur* »⁸⁰⁹. Dans ce contexte la priorité a été donnée à la recherche d'un meilleur équilibre dans la défense des intérêts des consommateurs, une meilleure répartition des ressources, y compris en termes de connaissance et information⁸¹⁰. Plus précisément, l'information du consommateur est devenue un moyen d'atteindre un idéal égalitaire⁸¹¹, exprimé par la reconnaissance et la protection de l'intérêt collectif des consommateurs d'une part, et d'autre part par « *la participation de tous les acteurs économiques au processus de formation du droit* »⁸¹².

La création par voie législative et jurisprudentielle des obligations d'information, de mise en garde et de conseil au profit des clients en matière bancaire répond également à un idéal égalitaire. Elles se présentent comme des instruments de rééquilibrage des parties contractantes, en renforçant la protection du consentement d'une des parties. Elles aboutissent en effet « *à restreindre la liberté du plus fort* »⁸¹³.

⁸⁰⁸ Nous faisons ainsi allusion à l'expression « *amour d'égalité* » consacrée par Alexis DE TOCQUEVILLE : Voir en ce sens A. DE TOCQUEVILLE, *De la démocratie en Amérique*, t. II, 2^{ème} partie, Gallimard, Collection Folio Histoire, 2007 : voir notamment le « Chapitre 1^{er} : *Amour de l'égalité* » : « *La première et la plus vive des passions que l'égalité des conditions fait naître, c'est l'amour de ce même égalité* » ; Selon TOCQUEVILLE, chez la plupart des nations modernes, et plus particulièrement chez les peuples européens, « le goût de l'idée de la liberté n'a commencé à naître et à se développer qu'au moment où les conditions commençaient à s'égaliser, et comme conséquence de cette égalité même » (p 141) ; en outre, les peuples démocratiques « veulent l'égalité dans la liberté, et s'ils ne peuvent l'obtenir, ils la veulent encore dans l'esclavage. Ils souffriront la pauvreté, l'asservissement, la barbarie, mais ils ne souffriront pas l'aristocratie » (p. 142).

⁸⁰⁹ *Programme préliminaire de la Communauté économique européenne pour une politique de protection et d'information des consommateurs, précité point 2.*

⁸¹⁰ TH. BOURGOIGNIE, *Eléments pour une théorie du droit de la consommation au regard des développements du droit belge et du droit de la Communauté économique européenne, op. cit.*, p. 83.

⁸¹¹ *Idem*, p. 82.

⁸¹² *Idem*, p. 85.

⁸¹³ C. THIBIERGE – GUELFUCCI, « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », *RTD civ.*, 1997, p. 376.

Après avoir présenté les considérations sociales sous-jacentes des obligations d'information, de mise en garde et de conseil nous procéderons à la mise en évidence des considérations juridiques de leur développement.

Section II : Fondements juridiques

481. Méthode. Pour traiter de la question des considérations juridiques qui nourrissent les raisons d'être de l'apparition et du développement de ces trois obligations, on pourrait appliquer les étapes du raisonnement qu'Aristote proposait dans son ouvrage *Ethique à Nicomaque*. « Nous délibérons non pas sur les fins elles-mêmes, mais sur les moyens d'atteindre les fins. Un médecin ne se demande pas s'il doit guérir son malade, ni un orateur s'il entraînera la persuasion, ni un politique s'il établira de bonnes lois, et dans les autres domaines on ne délibère jamais non plus sur la fin à atteindre. Mais, une fois qu'on a posé la fin, on examine comment et par quels moyens elle se réalisera ; et s'il apparaît qu'elle peut être produite par plusieurs moyens, on cherche lequel entraînera la réalisation la plus facile et la meilleure ⁸¹⁴»

482. Rappel des finalités à atteindre: l'utile et le juste. Il apparaît ainsi légitime de choisir comme point de départ l'identification de la finalité juridique des relations contractuelles. A cet effet, nous reprenons les paroles de professeur Jacques Ghestin, pour lequel « *le contrat, instruments privilégié des échanges et biens ou de services à titre onéreux, se caractérise en tant que catégorie juridique par son élément subjectif essentiel : l'accord des volontés, et par ses finalités objectives, l'utile et le juste. De la finalité d'utilité se déduisent les principes subordonnés de sécurité juridique et de coopération. De la finalité de justice se déduit la recherche de l'égalité des prestations par le respect d'une procédure contractuelle correcte et équitable.* ⁸¹⁵». Une fois identifiée la double finalité objective de toute relation contractuelle, il nous est permis de s'interroger sur le fondement et le rôle des obligations d'information, de mise en garde et de conseil du banquier envers ses clients.

Dans les relations entre banquiers et particuliers, l'utilisation des contrats d'adhésion sont de nos jours monnaie courante, conséquence logique de la distribution et la production à grande échelle⁸¹⁶. Du point de vue juridique, ce développement des contrats type, ne fait qu'accroître l'inégalité des parties contractantes, ne serait-ce parce que les particuliers sont dépourvus de la possibilité d'engager une réelle négociation sur le contenu du contrat. Il est en outre courant

⁸¹⁴ ARISTOTE, *Ethique à Nicomaque*, traduit par J. TRICOT, éditions Librairie philosophique J. Vrin, 2007, p. 144.

⁸¹⁵ J. GHESTIN, « Le contrat » in *Dictionnaire de la culture juridique*, sous la direction de D. ALLAND et S. RIALS, PUF -Lamy, 2003 ; voir également J. GHESTIN, « L'utile et le juste dans les contrats », *op.cit.*, p. 3 : « *Le juste et l'utile sont les fondements mêmes de la force obligatoire du contrat, d'où se déduira l'ensemble de son régime* ».

⁸¹⁶ F. TERRE, PH. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, *op. cit.*, n° 34 ; J. GHESTIN, « L'utile et le juste dans les contrats » *op. cit.* ; Centre de droit des obligations, Paris et Centre de droit des obligations, Louvain-la-Neuve, Belgique, *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels, Comparaisons franco-belge*, *op.cit.*

de constater que le plus souvent les particuliers n'ont pas les mêmes compétences, et donc la même facilité à comprendre toutes les clauses proposées. « *Cette inégalité a naturellement engendré l'injustice.* »⁸¹⁷. Or la mission du législateur et du juge est sans aucun doute de s'attaquer à l'injustice, en trouvant des remèdes adaptés aux diverses situations concrètes et au service « *de ces valeurs supérieures que sont la justice et l'utilité sociale* »⁸¹⁸. A partir de ce constat on peut dire que ces trois obligations ont été aux yeux du législateur et notamment du juge les instruments privilégiés pour rééquilibrer les relations contractuelles (§1), tout en étant révélatrices des transformations profondes du droit des contrats (§2)

§1 Instruments pour rééquilibrer la relation contractuelle

483. Rééquilibrer le contrat dans une approche individualiste. Du point de vue juridique, les obligations d'information, de mise en garde et de conseil du banquier au profit de ses clients visent le rééquilibrage de la relation contractuelle. Elles recherchent, *in fine*, à rendre le contrat plus juste, tout en privilégiant une approche individualiste, en accord avec l'esprit du Code civil⁸¹⁹. Leur légitimité est conférée par l'inégalité de compétences⁸²⁰ des parties contractuelles et par l'exigence de la bonne foi dans la conclusion et l'exécution des contrats qui s'érige en vrai « *principe fondateur du droit des contrats* »⁸²¹. Exploitant ces deux fondements, et faisant recours aux articles 1134 et 1135 du Code civil, le juge a créé depuis une dizaine d'années l'obligation de mise en garde⁸²² et a délimité les contours de l'obligation de conseil, tandis que le législateur a privilégié l'obligation d'information comme moyen de

⁸¹⁷ J. GHESTIN, « L'utile et le juste dans les contrats », *op. cit.*, p.1.

⁸¹⁸ F. TERRE, PH. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations, op. cit.*, n° 34.

⁸¹⁹ F. TERRE, PH. SIMLER, Y. LEQUETTE, *idem*, n° 37.

⁸²⁰ B. FAGES, « La protection du consentement – L'obligation d'information », étude n° 132 in *Lamy – Droit des contrats*, sous la direction scientifique de B. FAGES et S. DOIREAU, Lamy, septembre 2005.

⁸²¹ M. FABRE-MAGNAN, *Les obligations, op. cit.*, pp. 68-92, considère que la bonne foi est un principe fondateur du droit des contrats ; voir Y. PICOD, *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, LGDJ, 1989, préface G. COUTURIER ; A. BENABENT, « La bonne foi dans l'exécution du contrat, Trav. Ass. H. Capitant, t. XLIII, Litec, 1994, p. 291, Ph. LE TOURNEAU, « Bonne foi » Rép. Civ. Dalloz ; B. FAGES, « L'exécution du contrat – Le comportement des parties », étude n° 365 in *Lamy – Droit des contrats*, sous la direction scientifique de B. FAGES et S. DOIREAU, éditions Lamy, septembre 2005 : « *Il s'agit d'une exigence de portée générale et d'ordre public, à laquelle les parties ne peuvent certainement pas déroger.* » ; Voir également les réflexions et propositions concernant la réforme du droit des contrats faite en faveur de la reconnaissance de la bonne foi en tant que exigence ou principe transversal aux différents droit européens : F. TERRE, *Pour une réforme du droit des contrats: réflexions et propositions d'un groupe de travail*, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2009 ; F. TERRE et L. ANDREU, *Pour une réforme du droit des contrats, les autres sources des obligations, le régime général des obligations, la preuve des obligations*, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2013 ; F. JULIEN, « Financements bancaires et bonne foi » in *Banque et Droit*, n° 135, jan-fév. 2011

⁸²² E. BAZIN, « Retour sur le devoir de mise en garde du prêteur », *Banque et Droit*, n° 130, mars-avril 2010, pp. 23 et s. ; Cass. civ., 18 sept. 2008, *Rev. Droit et proc.*, janv-févr. 2009, n° 1 ; D. LEGEAIS, « Cinquante ans pour rien ? », *Rev. Droit banc. fin.* Mars-avril 2010, p. 2, A. GOURIO, « Contrôle de la Cour de Cassation sur la mise en œuvre du devoir de mise en garde du banquier au titre de l'octroi du crédit », *JCP G*, n° 12, 19 mars 2008, II, 10055 ; A. GOURIO, « Précisions sur l'obligation de mise en garde du banquier dispensateur de crédit à l'égard des emprunteurs non avertis », *JCP G*, n° 36, sept. 2007, II, 10146 ; Cass. ch. mixte, 29 juin 2007, *D.* 2007 jur, p. 2081.

lutte contre l'inégalité des parties⁸²³ pour ensuite consacrer à son tour l'obligation de mise en garde définie dans un premier temps par la jurisprudence⁸²⁴. Ainsi, en vue de rétablir l'équilibre dans le contrat bancaire opposant une partie faible à une partie forte, le législateur et le juge ont utilisé ces trois instruments pour assurer aux clients un consentement éclairé, et, selon les circonstances, pour obliger le banquier de prendre en compte les intérêts de ses clients.

484. Bonne foi et obligations d'information, de mise en garde et de conseil. Nous présenterons successivement le rôle joué par la bonne foi dans le développement des obligations d'information, de mise en garde et de conseil du banquier (A) puis le rôle de l'inégalité du fait des parties (B).

A. La justification tirée du principe de bonne foi

485. Considérations générales sur le principe de bonne foi. Selon l'expression de M. Denis Tallon⁸²⁵, « *la bonne foi est un sujet à la fois éternel et à la mode. Il est éternel, parce que le droit ne peut être un monstre froid, qui rejette toute prise en considération d'éléments moraux, au premier rang desquelles se trouve la bonne foi.* ». Ces mots ne sont pas gratuits, car la bonne foi devient progressivement, et surtout en droit des contrats, un véritable « *principe en expansion* »⁸²⁶. Devant cette « mode juridique », on s'interroge à la fois sur le rôle de la bonne foi dans les contrats bancaires et surtout de son impact sur notre sujet d'étude.

⁸²³ B. FAGES, « La protection du consentement – L'obligation d'information », *op.cit.*, n° 132.

⁸²⁴A titre d'exemple la loi du 1^{er} juillet 2010 portant réforme du crédit à la consommation, *précité.* ; l'obligation de mise en garde fait l'objet de l'art. L 311-8 du Code de la consommation.

⁸²⁵ D. TALLON, *Le concept de bonne foi en droit français du contrat*, Colloque de Rome, Collection Saggi, Centro di studie e ricerche di diritto comparato e straniero, 1994, p. 10, disponible sur le site web www.crdcs.org/frame15htm.

⁸²⁶ B. FAGES, *Le comportement du contractant*, préface J. MESTRE, PUAM, 1997; S. TYSSEYRE, *Le rôle de la bonne foi en droit des contrats, Essai d'analyse à la lumière du droit anglais et du droit européen*, PUAM, 2012, préface M. FABRE-MAGNAN.

1. *Le concept de bonne foi en droit des contrats*⁸²⁷

486. Omniprésence de la bonne foi. La bonne foi est présente dans tout le droit : droit pénal, droit des biens, droit de la famille, droit des contrats, droit des successions, droit international privé, droit judiciaire privé, droit bancaire, etc.

487. Délimitation du sujet. Nous nous limiterons à l'étude de cette notion uniquement en droit des contrats, car l'objet de cette section est le rapport entre la bonne foi et les obligations d'information, de mise en garde et du banquier qui concernent une large panoplie des contrats bancaires.

a) La notion de bonne foi

488. La notion de bonne foi en droit français. Le système juridique français n'attribue pas une définition légale à la bonne foi. La doctrine a tenté d'en établir, mais le plus souvent en utilisant des termes vagues. Ainsi, la définition donnée par M. G. Cornu est la suivante : « *comportement loyal qui requiert notamment l'exécution d'une obligation ; attitude d'intégrité et d'honnêteté, esprit de droiture qui vaut un bienfait à celui qu'il anime (bénéfice de bonne foi) – a) souci de coopération ; b) absence de mauvaise volonté, ayant un intérêt dans l'exécution d'une obligation, l'acquisition d'un droit (...)* »⁸²⁸

Un auteur classique⁸²⁹ a défini la bonne foi en des termes moralistes, disant que : « *Les mots « bonne foi », expriment tous les sentiments d'une droite conscience, qui pousse le désintéressement jusqu'au sacrifice, la loi bannit des contrats les ruses et les manœuvres astucieuses, les procédés malhonnêtes, les calculs frauduleux, les dissimulations et les simulations perfides, la malice, enfin, qui tout en se déguisant sous les apparences de la prudence et de l'habileté, spéculant sur la crédulité, la simplicité et l'ignorance* ». Mais aujourd'hui une telle définition nous semble obsolète.

D'autres auteurs français⁸³⁰ comprennent par la bonne foi « *une conduite loyale et honnête* », exigée du créancier comme du débiteur. « *Pour déterminer ce qui est dû il faut rechercher ce que l'honnêteté permet d'exiger comme ce qu'elle oblige à accomplir* ». Pour certains la

⁸²⁷ En ce qui concerne le droit belge, la doctrine s'accorde à reconnaître dans le principe de bonne foi l'un des principes directeurs du droit des contrats : voir en ce sens les analyses détaillées de : J.L. FAGNART, « L'exécution de bonne foi des conventions, un principe en expansion », *Rev. crit. jur. Belge (R.C.J.B.)*, 1986, pp. 285-316 ; P. VAN OMMESLAGHE, « L'exécution de bonne foi, principe général de droit ? », *Rev. gen. dr. civil (R.G.D.C.)*, 1987, p. 101-110. J.-F. ROMAIN, *Théorie critique du principe général de bonne foi en droit privé ; Des atteintes à la bonne foi et de la fraude, en particulier (« Fraus omnia corrumpit »)*, thèse ULB, préface de P. VAN OMMESLAGHE, Bruylant, Bruxelles, 2000. ; J. PERILLEUX, « Rapport belge. La bonne foi dans l'exécution du contrat » in *La bonne foi*, Travaux de l'Association Henri Capitant, tome XLIII, 1992, Paris, Litec, p. 237 et s.

⁸²⁸ G. CORNU (*dir.*), « Bonne foi » in *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, 9^e éd., PUF, 2011.

⁸²⁹ M.L. LAROMBIERE, *Théorique et pratique des obligations*, vol. I, Paris, 1885, p. 331, n° 5, sous l'art. 1134.

⁸³⁰ M. PLANIOL, G. RIPERT, P. ESMEIN, *Traité pratique de droit civil français*, t. VI, *Les obligations*, Première partie, Paris, 1930, n° 379.

notion suppose aussi « *l'absence d'intention malveillante* »⁸³¹ et pour une doctrine avisée elle représente l'incarnation de « *l'âme des affaires* »⁸³² car profondément liée à la confiance.

Est-ce à dire qu'on se trouve dans l'impossibilité de donner une définition à la bonne foi ?

En tout état de cause, il semble que pour déterminer son contenu concret il faut rechercher les cas particuliers auxquels elle s'applique. Pour mieux expliquer le contenu de cette notion, la doctrine française a repris l'analyse faite par les théoriciens de droit allemand⁸³³ qui se sont intéressés à la bonne foi et qui ont établi que la notion comporte deux aspects : la croyance erronée, mais légitime, en l'existence d'une situation régulière, dont les applications sont nombreuses en droit des biens et en droit de la famille (la *guter Gaube allemande*) et le comportement loyal ou la bonne foi loyauté, exigée dans les actes juridiques (la *Treu und Glauben* en droit allemand).⁸³⁴

De nos jours, c'est le deuxième aspect de la bonne foi qui joue un rôle essentiel dans le droit des contrats. En conséquence, nous nous présenterons uniquement la bonne foi loyauté.

489. La notion de bonne foi en droit belge. En Belgique, la doctrine distingue entre la bonne foi subjective et objective, car effectivement la bonne foi connaît deux hypostases différentes : d'une part, elle peut être un « état d'esprit », ce qui correspond à l'état d'esprit du possesseur de bonne foi protégé à ce titre par le droit, d'autre part elle peut être une norme de conduite en renvoyant à la fois à l'attitude des parties contractantes et à l'interprétation des contrats. C'est dans cette dernière hypostase, dite objective, que la bonne foi a connu un grand essor, après une longue éclipse. Un auteur belge néerlandophone l'a même comparée à la « *belle aux bois dormant qui s'est transformée en fée* »⁸³⁵. La bonne foi objective, en droit belge, se voit attribuer différents rôles. Tout d'abord elle a un rôle complétif, qui permet aux juges d'ajouter au contenu du contrat de nouveaux devoirs, tels que le devoir de renseignement, devoir de conseil, de mise en garde, devoir pour la victime d'une inexécution, de prendre toutes les mesures raisonnables afin de restreindre son préjudice, devoir pour le créancier de faciliter l'exécution par le débiteur de ses obligations. A ce titre, M. le Professeur Patrick Wery nous fait remarquer que « *ces devoirs ne procèdent pas de la volonté, même implicite, des parties : en tant que suites de bonne foi, ils sont incorporés de plein droit à la convention.* ». Ensuite, la bonne foi objective remplit une fonction modératrice, en interdisant au créancier d'abuser de son droit. Ce rôle « *modérateur de la bonne foi est bien ancré en jurisprudence belge, depuis l'arrêt de principe rendu par la Cour de cassation le 19 septembre 1983, Pour la Cour, "le principe de l'exécution de bonne foi des conventions, consacré par l'article 1134, du Code civil, interdit à une partie à un contrat d'abuser des*

⁸³¹ P. JOURDAIN, *La bonne foi dans la formation du contrat*, rapport français, Travaux de l'association Henri Capitant, t. XLIII, p. 121.

⁸³² G. CORNU, *op. cit.*

⁸³³ Ph. LE TOURNEAU, *op. cit.*, n° 2.

⁸³⁴ Y. PICOD, *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, thèse Dijon, 1987, LGDJ, Bibl. dr. priv., t. 208, 1989, n° 6.

⁸³⁵ F. BAERT, «De goede trouw van schone slaapster tot toverfee», R. W., 1989-1990, p. 1479 cité par Patrick WERY, *Droit des obligations*, vol. I, Théorie générale du contrat, éd. Larcier, 2010, p. 124.

droits que lui confère celui-ci". De très nombreux arrêts sont venus confirmer par la suite ce principe »⁸³⁶.

490. Notion au contenu flou dans les deux droits. La bonne foi loyauté vient de la *fides* romaine, caractérisant le respect des engagements pris. Dans cette acception, la bonne foi présente un aspect moral évident et concrétise la convergence entre le droit et la morale⁸³⁷. Mais il convient de reconnaître que la bonne foi est une notion au contenu flou⁸³⁸ qui évolue avec la société. Elle renvoie à la conscience du juge qui doit faire la preuve d'une grande finesse juridique pour lui donner un contenu objectif.

b) Evolution

491. Origines lointaines. Chez les historiens et les juristes, l'accord semble unanime pour établir que les premières manifestations marquantes de la bonne foi datent de l'Antiquité romaine⁸³⁹ sous la forme de *fides*. Aux origines, la *fides* n'apparaît nullement sous un aspect juridique, étant avant tout une notion religieuse, voire une entité divinisée en l'honneur de laquelle un temple avait été érigé au Capitole. Elle constitue chez les Romains l'une des valeurs fondamentales de la Cité, étant un principe de conduite en société, dépassant le strict domaine du droit. Ce n'est qu'au fur et à mesure que la *fides* devient une notion juridique, source des obligations et des contrats de bonne foi⁸⁴⁰. Ainsi, le juge romain doit tenir compte du modèle du *bonus vir*⁸⁴¹, c'est-à-dire de l'homme qui se rend utile et qui ne nuit à personne⁸⁴². Le concept connaît un grand essor et Cicéron en fait le fondement de la justice. De la fin de Rome au XVIIe siècle, la bonne foi semble avoir disparu de l'horizon des préoccupations des juristes. Avec Domat et Pothier, les études concernant la bonne foi reviennent à l'attention des juristes. En effet, dans leurs systèmes, la bonne foi constitue une conséquence directe de la règle chrétienne d'amour mutuel entre les hommes. Cela a permis plus tard d'éclairer la question de la nécessité d'une réciprocité dans le comportement des parties au contrat.

492. Bonne foi et Code civil. A partir du dix-neuvième siècle, la bonne foi semble se détacher de ses origines religieuses. Ce n'est qu'au cours des travaux préparatoires du Code Civil que la dimension religieuse de la bonne foi n'est plus prédominante. La bonne foi est peu présente dans les textes du Code civil, malgré le fait qu'au moment de l'élaboration du Code elle était considérée comme une notion fondamentale du droit des contrats. Mais la crainte de l'arbitraire du juge, fait qu'un seul article (article 1134 alinéa 3 Code Civil) fasse

⁸³⁶ P. WERY, *Droit des obligations*, vol. I, Théorie générale du contrat, Larcier, Bruxelles, 2010, p. 126.

⁸³⁷ PH. LE TOURNEAU, *op. cit.*, n° 10.

⁸³⁸ D. TALLON, *op.cit.* ; voir aussi V. Fortier, *La fonction normative des notions floues*, RRJ 1991.755.

⁸³⁹ Pourtant, A. VOLANSKY dans sa thèse *Essai d'une définition expressive du droit basée sur l'idée de bonne foi*, Paris, Librairie de jurisprudence ancienne et moderne, 1929, soutient que l'idée de bonne foi « se confond avec les origines de la société humaine », c'est-à-dire de l'époque primitive.

⁸⁴⁰ La *bona fides*, s'oppose au formalisme et elle donne au juge un grand pouvoir d'appréciation.

⁸⁴¹ En traduction, *bonus vir* signifie « l'homme du bien ».

⁸⁴² J.-F. ROMAIN, *Théorie critique du principe général de bonne foi en droit privé, Des attentes à la bonne foi, en général, et de la fraude, en particulier, op.cit.*, p. 40-46.

référence directe à la bonne foi. Cet article concerne uniquement l'exécution des contrats, stipulant que « *les conventions doivent s'exécuter de bonne foi* »⁸⁴³.

493. Notion ignorée aujourd'hui plébiscitée. Dans le droit français, la bonne foi a été pratiquement ignorée tant par la jurisprudence, que par la doctrine, jusque dans les années soixante-dix⁸⁴⁴. Cependant au fur et à mesure, la bonne foi devient le noyau central du droit des contrats ; cette évolution a été influencée par la nécessité de la protection de la partie la plus faible, par le développement du commerce international et par le droit européen⁸⁴⁵.

La Cour de cassation française a souligné l'importance du principe de bonne foi, considérant qu'il couvre des notions telles que la « *loyauté, solidarité, proportionnalité et souci de l'équilibre contractuel* », *s'imposant dans toutes les phases de la vie du contrat : négociation, information, conclusion, exécution, interprétation, modification, renégociation, inexécution, rupture et ses conséquences* »⁸⁴⁶

Le principe de bonne foi est également abordé par les différentes réformes du droit des obligations en France. Cependant, les trois projets de réforme n'accordent pas la même importance à la bonne foi. Dans une approche classique, l'« *avant-projet Catala* »⁸⁴⁷ envisage le devoir de bonne foi dans sa fonction modératrice « *des règles abstraites et des concepts rigides* »⁸⁴⁸ existantes dans le droit français des contrats. Quant au projet préparé par le

⁸⁴³ Pour une analyse détaillée voir R. VOUIN, *La bonne foi. Notion et rôle actuel en droit privé français*, 1939, LGDJ.

⁸⁴⁴ Cass. civ. 1^{ère} civ., 20 mars 1985, *Bull. Civ. I*, n° 102 – c'est le premier pourvoi fondé sur l'art. 1134 al. 3 du Code Civil.

⁸⁴⁵ M. BENILLOUCHE, « La valeur primordiale du devoir de bonne foi en droit européen des contrats est-elle une originalité purement formelle? », *LPA*, 29 juillet 2004 ; G. ROBIN, « Le principe de la bonne foi dans les contrats internationaux », *RDAl/IBLJ*, n° 6, 2005, p. 695 et s. ; En ce qui concerne le droit européen, voir notamment les *Principes Unidroit* et les *Principes du droit européen des contrats* qui ont consacré des principes généraux, comme la liberté contractuelle et la bonne foi : L'art. 1-7 des *Principes Unidroit* (« *les parties sont tenues de se conformer aux exigences de la bonne foi dans le commerce international. Elles ne peuvent limiter cette obligation ni en limiter la portée* ») et l'art. 1 : 201 des *Principes du droit européen des contrats* (« *Chaque partie est tenue d'agir conformément aux exigences de la bonne foi. Les parties ne peuvent exclure ce devoir ni le limiter* ») ; voir *Principes du droit européen du contrat*, Société de législation comparée, coll. Droit privé européen et comparé, vol. 2, 2003 ; l'Avant-projet de Code européen des contrats rédigé sous la direction de Giuseppe Gandolfi, Giuffrè éd., 2004 ; C. VON BAR, E. CLIVE et al., *op. cit.* ; Association Henri Capitant des Amis de la Culture Juridique Française et la Société de législation comparée, *Projet de cadre commun de référence. Principes contractuels communs*, coll. Droit privé européen et comparé, 2008 volume 7 ; Pour une comparaison de ces projets européens, voir D. MAZEAUD, « Principes du droit européen du contrat, Projet de cadre commun de référence, Principes contractuels communs – Trois codifications savante, trois visions de l'avenir contractuel européen », *RTDE* 2009, p. 723.

⁸⁴⁶ Cour de Cassation, *Rapport sur l'Avant projet de réforme du droit des obligations*, 2005, p 221 et 233 à 235.

⁸⁴⁷ P. CATALA (*dir.*), *Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, Doc. fr., 2006. Sur cet Avant-projet voir : *RDC* 2006/1 ; B. FAUVARQUE-COSSON et D. MAZEAUD, « L'avant-projet français de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription et les principes du droit européen du contrat : variations sur les champs magnétiques dans l'univers contractuel », *LPA*, 2006, n°146, p. 3 et s. ; G. ROUHETTE, « Regards sur l'avant-projet de réforme du droit des obligations », *RDC* 2007, p. 1371.

⁸⁴⁸ D. MAZEAUD, « La réforme du droit français des contrats : trois projets en concurrence », disponible sur internet <http://www.uel.edu.vn/Resources/Docs/PhongHopTacQuocTe/ThongBao/Larroumet.doc>. (consultée le 7 juillet 2013).

Ministère de la justice et à l'avant-projet préparé sous l'égide de l'Académie des sciences morales et politiques, dit « l'avant-projet Terré »⁸⁴⁹, ils reflètent l'évolution du principe de la bonne foi dans la jurisprudence française et dans le droit européen⁸⁵⁰, en lui accordant le statut de principe directeur du droit des contrats⁸⁵¹.

2. Le rôle créateur de la bonne foi

494. Métamorphose de la bonne foi : d'une règle morale en une règle juridique. La bonne foi a permis aux juges, au long des années, de développer d'autres règles de droit. Cela fut possible par la « métamorphose » de la bonne foi, d'une règle morale en une règle juridique.

495. La bonne foi – règle de droit écrit. Sans contester le fait que la bonne foi trouve sa source dans la morale, il convient pourtant de souligner qu'« *une règle purement morale ne peut avoir sa place en droit* »⁸⁵². Arbitraire et subjective, une règle morale varie d'un individu à l'autre et de surcroît, dès qu'on veut l'imposer à d'autres personnes elle devient une règle moralisatrice⁸⁵³. L'objet de la règle morale est l'individu tout seul, or le droit vise la société, les individus, la population. La règle de droit ne doit pas être arbitraire, mais précise et claire. En conséquence, une règle morale doit se convertir en une norme juridique pour avoir force légale. La bonne foi a acquis la légitimité d'une règle de droit en acquérant les caractéristiques de cette dernière. En effet, l'objet de la bonne foi n'est plus le for intérieur de chaque individu, mais le comportement concret d'une personne.⁸⁵⁴ La bonne foi, en tant que norme juridique, s'impose aux parties du contrat et dirige leur conduite. Dans ce sens, la doctrine voit dans la bonne foi une norme de conduite⁸⁵⁵. Cependant, le juge utilise la bonne foi pour juger d'un comportement ; il apprécie les faits des parties en faisant référence à cette notion d'origine morale. D'où la considération que la bonne foi est aussi une norme de jugement⁸⁵⁶. Plus encore, la bonne foi loyauté est considérée par de nombreux auteurs français comme un principe général du droit des contrats et qui est d'ordre public⁸⁵⁷, le projet de réforme du droit des contrats de la Chancellerie en faisant l'écho de cette doctrine

⁸⁴⁹ F. TERRE, *Pour une réforme du droit des contrats*, op. cit.

⁸⁵⁰ Telle qu'elle est exprimée dans les *Principes du droit européen du contrat*, op.cit., et dans les *Principes contractuels communs*, op. cit..

⁸⁵¹ Le projet gouvernemental prévoit dans son art. 18 que « *Chacune des parties est tenue d'agir de bonne foi* » et l'avant-projet Terré dispose dans sa subdivision d'ouverture à l'art. 5 que « *Les contrats se forment et s'exécutent de bonne foi; les parties ne peuvent exclure ni limiter ce devoir* ».

⁸⁵² B. JALUZOT, *La bonne foi dans les contrats. Etude comparative de droit français, allemand et japonais*, Dalloz, Nouvelle bibliothèque de thèses, 2001, p. 63.

⁸⁵³ A. COMPTE-SPONVILLE disait que « *la morale n'est jamais pour le voisin, car celui qui s'occupe des devoirs du voisin n'est pas moral, mais moralisateur* » in B. JALUZOT, op. cit., p. 65.

⁸⁵⁴ B. JALUZOT, *idem*, p. 65 ; voir également Cour de Cassation, *Rapport de la sur l'Avant projet de réforme du droit des obligations*, op.cit.

⁸⁵⁵ P. JOURDAIN, op. cit., p. 121 ; *En droit belge, la bonne foi objective est une norme de conduite, en contraste avec la bonne foi subjective qui évoque un état d'esprit (l'exemple typique étant le possession de bonne foi)*.

⁸⁵⁶ B. JALUZOT, op. cit., p. 68.

⁸⁵⁷ PH. LE TOURNEAU, op. cit., n° 14.

avisée⁸⁵⁸. Cette qualification est très importante du point de vue des conséquences juridiques. N'oublions pas qu'un principe général de droit rassemble autour de lui toute une série d'autres règles, principes inférieurs, règles de droit matériel qui sont rédigés dans le même esprit. Or, « *le fait d'être un principe général permet aussi au juge, en application de ce principe, de développer de nouvelles règles absentes de la loi* »⁸⁵⁹.

496. La bonne foi et la création prétorienne. Les juges se sont en effet appuyés sur le concept de bonne foi et ont imposé des nouvelles règles de droit qui ont été déduites par voie d'interprétation du concept et par rapport aux situations concrètes de chaque espèce⁸⁶⁰. C'est la raison pour laquelle la doctrine a développé la théorie de la *concrétisation de la bonne foi* dont l'objectif essentiel est de traduire la bonne foi par des règles concrètes, immédiatement applicables par le juge. La technique juridique de la concrétisation connaît deux étapes : premièrement le juge rend la bonne foi applicable soit en passant par la qualification de faute de mauvaise foi, soit par celle d'obligation de bonne foi. Puis le juge énonce des règles plus précises qui découlent de la bonne foi.⁸⁶¹ Les qualifications de faute de mauvaise foi et d'obligation de bonne foi ne s'excluent pas réciproquement, mais au contraire, elles sont compatibles car la faute suppose l'existence d'une obligation qui n'a pas été respectée. Le juge constate la mauvaise foi en se fondant sur le comportement des parties et sur des faits matériels. Il s'agit de faire de la violation de la bonne foi un fait générateur de responsabilité à part entière. Madame Béatrice Jaluzot considère qu'il s'agit d'une nouvelle catégorie de faute contractuelle qui a été commise à l'occasion de la relation contractuelle, sans qu'une obligation contractuelle précise soit violée.

497. Obligation de bonne foi : terminologie, contenu, régime. En ce qui concerne l'obligation de bonne foi⁸⁶², on peut noter tout d'abord qu'il s'agit d'une création récente. Plus encore, sa terminologie et son contenu sont loin d'être précis. A titre d'illustration, nous constatons que la Cour de cassation utilise parallèlement des expressions différentes pour désigner la même réalité : « devoir de loyauté⁸⁶³ », « manquement à l'obligation de bonne foi »⁸⁶⁴, « manquement à la bonne foi »⁸⁶⁵, « obligation de renseignement et d'exécution de bonne foi »⁸⁶⁶, « manque de loyauté »⁸⁶⁷. En outre, les termes de bonne foi et de loyauté sont largement utilisés comme des synonymes ; pourtant la doctrine préfère la notion de bonne foi lorsqu'il s'agit de l'exécution du contrat, et celle de loyauté en matière précontractuelle. Il en résulte clairement que la terminologie est loin d'être fixée en droit français. Quant au régime

⁸⁵⁸ Voir en ce sens J. MESTRE, « Pour un principe directeur de bonne foi mieux précisé », *Lamy, Droit civil*, n° 58, mars 2009.

⁸⁵⁹ B. JALUZOT, *op. cit.*, p. 74.

⁸⁶⁰ P. JOURDAIN, *op. cit.*, p. 122.

⁸⁶¹ B. JALUZOT, *op. cit.*, p. 489.

⁸⁶² La notion de *l'obligation de bonne foi* a été utilisée pour la première fois par la Cass. Com. 19 déc. 1989, V.A.G. c. Sté Paris-Biarritz Auto, *Bull. Civ.*, IV, n° 327, *RTD civ.* 1990.649, obs. J. MESTRE.

⁸⁶³ Cass. com., 31 mai 1994, *RJDA* 1994, n° 1129, p. 871.

⁸⁶⁴ Cass. com., 1^{er} juillet 2003, *RJDA*, janvier 2004, n° 96 et 97, obs. D. LEGEAIS, p.80.

⁸⁶⁵ Cass. 3^e civ., 27 avr. 1991, Société alsacienne des supermarchés, *Bull. civ.* III n°108.

⁸⁶⁶ Cass. 3^e civ., 17 nov. 1993, SCI Windsor Poissy c. Epx Roulaud, *JCP* 1994, II, 22283, note H. PERINET-MARQUET.

⁸⁶⁷ Cass. com. 10févr. 1987, Garage Couturier c. Peugeot-Talbot, *Bull. Civ.* IV, n° 41.

juridique de l'obligation de bonne foi, soulignons, tout d'abord, qu'elle prend naissance dès le commencement des pourparlers, en l'absence de tout lien contractuel⁸⁶⁸ et, ensuite, qu'elle est « *d'ordre public car il serait impensable que les parties puissent l'éliminer par une clause spéciale* »⁸⁶⁹.

498. Les obligations accessoires d'information, de mise en garde et de conseil trouvent leur source dans le principe de bonne foi. Les juges ont créé de nombreuses obligations accessoires sur le fondement de l'obligation de bonne foi dans le but de clarifier la notion de la bonne foi et de ne pas abandonner les contractants à l'imprévisibilité de cette notion assez vague. Dans le droit français l'obligation accessoire la plus connue est celle *d'information*. Ainsi, le Rapport annuel de 2010 de la Cour de Cassation confirme qu'en ce qui concerne le « *droit commun des contrats, l'obligation d'information trouve sa source dans les articles 1134, alinéa 3, du code civil, qui oblige à exécuter les contrats " de bonne foi ", et 1135 du même code, qui incorpore au contrat les suites naturelles de l'obligation.* »⁸⁷⁰ A côté de cette obligation se trouve une liste entière qui n'est jamais définitive, car la bonne foi semble être une notion féconde. Ainsi, nous pouvons mentionner : l'obligation de renseignement, de mise en garde, de conseil, de prudence, de diligence, de vigilance, de coopération, de sécurité, de négocier de bonne foi ou encore de contracter de bonne foi.⁸⁷¹ Mais pour s'en tenir aux seuls contrats bancaires, la jurisprudence invoque le plus souvent les obligations d'information⁸⁷², de mise en garde⁸⁷³, de conseil⁸⁷⁴, de prudence⁸⁷⁵, de vigilance⁸⁷⁶. Les juges ont utilisé la

⁸⁶⁸ Cass. 1^{ère} civ., 31 oct. 2012, n° 11-15.529, B. FAGES « L'évident principe de bonne foi dans les relations précontractuelles », *RTD Civ.* 2013, p. 109 ; Pour une jurisprudence qui semblait affirmer le contraire, malgré le consensus, tant jurisprudentiel que doctrinal, relatif à l'application de l'obligation de bonne foi dès le commencement des pourparlers : Cass. 3^e civ., 14 sept. 2005, n° 04-10.856, *D.* 2006, 761, note D. MAZEAUD ; *RTD civ.* 2005., 776, obs. J. MESTRE et B. FAGES ; *Dr. et patr.* 2006, n° 144, p. 87, obs. L. AYNES ; *JCP G* 2005. II. 10173, note G. LOISEAU.

⁸⁶⁹ *ibidem* ; B. JALUZOT, *op. cit.*, p. 509 ; voir aussi PH. LE TOURNEAU, *op. cit.*, n° 14.

⁸⁷⁰ Voir Cour Cassation, Etude « Le droit de savoir » in *Rapport Annuel 2010*, consultable également sur internet à : http://www.courdecassation.fr/IMG/pdf/Rapport_annuel_CC_2010.pdf.

⁸⁷¹ Dans le droit belge, il y a eu le même mouvement créateur de la part des cours et tribunaux. La bonne foi étant considéré l'un des grands principes gouvernant le droit des contrats qui domine toute la vie des contrats, dès la phase précontractuelle jusqu'à la phase post-contractuelle, constitue le fondement des devoirs d'information, de conseil, de ne pas abuser de son droit de conclure ou de ne pas conclure un contrat, le devoir de confidentialité ou le devoir de prévenir les conflits d'intérêts. Pour une analyse détaillée, voir F. ROMAIN, *Théorie critique du principe général de bonne foi en droit privé ; Des atteintes à la bonne foi et de la fraude, en particulier (« Fraus omnia corrumpit »)*, *op. cit.*, pp. 857 et s.

⁸⁷² Pour les opérations courantes sur le compte : Cass. com. 8 janv. 1991, n° 89-16. 572 Union Méditerranéenne des banques c/ Société Générale, *Bull. civ. IV*, n° 7, *RTD com.* 1991. 864, obs. M. CABRILLAC ; Cass. com. 30 sept. 2008, n° 07-16.863, X c/ Caisse d'épargne et de prévoyance Ile-de-France Ouest ; Cass. com. 16 juin 2009, n° 08-17319, Samantey c/ Crédit Lyonnais, *RD banc. fin.* nov. dec. 2009, commentaire 178, note F-J. CREDOT et T. SAMIN ; Cass. com. 18 janv. 2011, n° 10-1.259, X et Y c/ Banque populaire Loire et Lyonnais, *Essentiel de droit bancaire*, mars 2011, obs. R. ROUTIER ; Pour les opérations de crédit : Cass. civ. 1^{ère}, 12 juill. 2005, n° 03-10115, Grimaldi c/ CRCAM Charente-Périgord, *Bull. civ. I*, n° 326 ; Cass. com. 3 déc. 2003, Tavernier c. Sté Crédit industriel de Normandie, *RJDA*, avril 2004, n° 476, note D. LEGAIS, p. 442.

⁸⁷³ Cass. com., 26 janvier 2010, 08-18.354 ; Cass. com., 17 novembre 2009, 08-70.197 ; Cass. com. 20 octobre 2009, 08-20.274 ; Cass. civ., 25 juin 2009, 08-16.434 ; Cass. civ., 30 avril 2009, 07-18.334 ; Cass. civ., 6 décembre 2007, 06-15.258 ; Cass. ch. mixte, 29 juin 2007, 05-21.104 ; Cass. civ., 13 février 2007, 04-17.287.

bonne foi dans son acception objective, c'est-à-dire en tant que norme de conduite, afin d'interpréter le contrat et en exigeant des parties un certain comportement, qualifié de bonne foi⁸⁷⁷. La bonne foi permet ainsi, en droit français⁸⁷⁸ de sanctionner les comportements déloyaux ou des comportements qui nuisent à l'intérêt contractuel commun, voire même à l'intérêt général⁸⁷⁹. Concrètement, cela signifie que la jurisprudence a œuvré ainsi à l'accomplissement d'une certaine justice contractuelle, en exigeant la protection des parties faibles et en imposant un esprit de coopération. Les juges ont en déduit ainsi différentes obligations au profit des clients particuliers profanes, le banquier étant obligé de fournir des informations, de mettre en garde contre les risques encourus ou voire de conseiller son contractant.

499. Particularités de la doctrine belge. La doctrine belge considère qu'il y a une obligation générale de se comporter de bonne foi qui est à l'origine de tous les devoirs qui en découlent. Ces obligations ou devoirs accessoires sont qualifiée de « fiduciaires », le terme « fiduciaire » faisant référence aux obligations et devoirs qui s'imposent aux termes de la relation de confiance qui existent entre les parties contractantes⁸⁸⁰.

500. Limites de la création prétorienne. La Cour de cassation, même si elle a reconnu la valeur de principe général à la bonne foi en facilitant le recours à cette notion, a imposé toutefois des limites aux pouvoirs des juges, en jugeant que « *si la règle selon laquelle les conventions doivent être exécutées de bonne foi permet au juge de sanctionner l'usage déloyal d'une prérogative contractuelle, elle ne l'autorise pas à porter atteinte à la substance même des droits et obligations légalement convenus entre les parties.* »⁸⁸¹

Malgré l'existence de cette limite, il est incontestable que le fondement des obligations d'information, de mise en garde et de conseil se trouve ainsi en grande partie dans le principe de bonne foi, même si la doctrine n'a jamais cherché à leur donner un fondement unique, cherchant plutôt à rassembler un faisceau de justifications. Une autre considération prise en compte à la fois par le législateur et les juges dans leur création prétorienne a été l'inégalité des compétences entre certaines catégories de clients et les banquiers.

⁸⁷⁴ D. LEGEAIS, « L'obligation de conseil du banquier à l'égard de l'emprunteur et de la caution », in *Mélanges AEDBF*, 1999.

⁸⁷⁵ Cass. com. 24 juin 2003, Société Générale c. Boutes, *RJDA*, janvier 2004, n° 98, note D. LEGEAIS, p. 81.

⁸⁷⁶ P. LECLERCQ, *L'obligation de conseil du banquier dispensateur de crédit*, *RJDA*, avril 1995, p. 322.

⁸⁷⁷ M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations*, PUF, Thémis, 2012, p. 68 et s.

⁸⁷⁸ De même en droit belge.

⁸⁷⁹ M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations*, PUF, Thémis, 2012, p. 68 et s.

⁸⁸⁰ En Belgique : J.-F. ROMAN, *Théorie critique du principe général de bonne foi en droit privé*, *op.cit.*, p. 850.

⁸⁸¹ Cass. com., 10 juill. 2007, n° 06-14768 ; *Rapport*, 436 ; *RTD civ.* 2007, 773, obs. B. FAGES ; *D.* 2007, 2839, obs. PH. STOFFEL-MUNCK ; M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations*, (2012), *op.cit.*, p. 71.

B. La justification tirée de l'inégalité des compétences des parties

501. Inégalité et asymétrie de l'information. Etudier le fondement des obligations d'information, de mise en garde et de conseil du banquier consiste aussi à étudier la problématique de la prise en compte par le législateur et par le juge de l'inégalité des parties contractuelles et implicitement de la rupture du principe de symétrie de l'information. Cela revient à étudier l'évolution des notions d'égalité et respectivement de l'inégalité dans le droit civil des contrats en général et dans le droit bancaire en particulier. La prise en compte de l'inégalité de compétence des parties dans les contrats à des fins protectrices s'est fait progressivement (1) et dans le but de réaliser une égalisation des parties par le droit afin de combler l'ignorance de la partie réputée faible (2).

1. Evolution

502. Evolution du concept d'égalité en droit. L'égalité des parties contractantes est un vaste sujet que nous n'avons ni l'intention ni la prétention de traiter d'une manière exhaustive⁸⁸². Il s'agit en tout cas d'un sujet qui a évolué, en dépassant la conception abstraite de l'égalité des parties contractuelles consacrée par les créateurs du Code civil, sous l'impulsion des doctrines du solidarisme contractuel⁸⁸³.

503. Egalité abstraite des parties. Il faut se contenter de remarquer que sous l'influence de la philosophie des Lumières et du libéralisme économique « *le Code civil apparait comme une triple exaltation de l'égalité, la liberté et de la volonté de l'homme* ». ⁸⁸⁴ En ce qui concerne l'égalité, les auteurs du Code civil, ont fait le choix d'éluider en principe toute distinction entre les parties selon leur profession et situation économique, en consacrant une égalité « abstraite » devant la loi⁸⁸⁵. Les hommes, même inégaux dans la vie réelle, « *au lendemain de l'abolition des privilèges* ⁸⁸⁶ », sont soumis implicitement « *au principe d'égalité*

⁸⁸² Voir D. BERTHIAU, *Le principe d'égalité et le droit civil des contrats*, LGDJ, bibl. dr. priv., tome 320, Paris, 1999 ; O. LITTY, *Inégalité des parties et durée du contrat : étude de quatre contrats d'adhésion usuels*, LGDJ, bibl. dr. priv., tome 322, Paris, 1999 ; J. GHESTIN, « Le principe d'égalité des parties contractantes et son évolution en droit privé » in *L'égalité*, série publiée par le Centre de philosophie de Bruxelles, sous la direction de L. INGBER, Centre de philosophie du droit de Bruxelles, t. 7, 1982.

⁸⁸³ Sur le solidarisme contractuel : M. JEAN CEDRAS, avocat général à la Cour de cassation en service extraordinaire « Le solidarisme contractuel en doctrine et devant la Cour de cassation » in *Cour de Cassation, Rapport annuel 2003* ; CH. JAMIN, « Plaidoyer pour le solidarisme contractuel », in « Le contrat au début du XXIème siècle », in *Etudes offertes à J. Ghestin*, LGDJ, 2001 ; D. MAZEAUD, « Loyauté, solidarité, fraternité, la nouvelle devise contractuelle ? », in « L'avenir du droit », *Mélanges en hommage à F. Terré*, Dalloz, 1999 ; Ch. Jamin et D. Mazeaud, "La nouvelle crise du contrat", *D.* 2003 ; L. GRYNBAUM et M. NICOD, *Le solidarisme contractuel, mythe ou réalité ?*, Economica, 2004.

⁸⁸⁴ J. CARBONNIER, *Droit civil, Introduction*, 27^e éd., PUF, Thémis – Droit privé, Paris, 2002, n° 73.

⁸⁸⁵ Cependant le Code civil prévoit des situations où l'état de connaissance des parties doit être pris en considération : par exemple « tout pacte obscur ou ambigu s'interprète contre le vendeur » (art. 1602, alinéa 2) ; la garantie pour vices cachés.

⁸⁸⁶ N. SAUPHANOR-BROUILLAUD, E. POILLOT, C. AUBERT DE VINCELLES., G. BRUNAUX, *Les contrats de consommation - Règles communes, op.cit.*, p. 89.

posé par la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen »⁸⁸⁷. Cela se traduit par un traitement égal des parties contractantes, sans aucune distinction par la loi civile. Au fond, la pensée civiliste classique considère que « l'égalité de la situation économique entre personnes ayant des intérêts opposés est loin de se rencontrer toujours dans la réalité. (...) Mais dans la majorité des cas il y a une égalité approximative, suffisante pour présumer équitable ce dont les contractants ont convenu »⁸⁸⁸.

504. Conception juridique d'inspiration libérale. Il faut également observer que cette vision classique s'explique par le fait que les prémisses de base de la pensée économique libérale sont reflétées dans le droit civil. Ainsi, soulignons tout d'abord que la théorie juridique est en harmonie avec la conception libérale de l'homme raisonnable, apte à œuvrer tout seul pour atteindre ses intérêts, libre de lier par sa seule volonté se retrouve dans la vision civiliste. « Le droit civil est écrit pour des sujets de droit normalement vigilants et prudents » (*jus civile vigilantibus scriptum est*)⁸⁸⁹, qui s'obligent et s'engagent par leur seule volonté, en créant leur propre loi, leur propre obligation par le biais des contrats. C'est la quintessence de la théorie juridique de l'autonomie de la volonté. Dans le même temps, le principe économique du « *laissez faire* » trouve un écho dans le droit civil sous la forme de la liberté contractuelle, car c'est « la libre confrontation des intérêts individuels qui assure l'intérêt général »⁸⁹⁰.

Aussi convient-il de rappeler que l'individualisme caractéristique de la philosophie libérale explique la conception abstraite de l'homme dans le droit civil. Etant donné qu'« on ne se préoccupe en aucune façon des inégalités physiques, culturelles et économique des individus »⁸⁹¹ il en résulte un principe de liberté de contracter et d'égalité abstraite qui interdisent les privilèges et les discriminations. Dans le droit civil classique « les individus sont libres de contracter ou de ne pas contracter »⁸⁹² et déterminer le contenu de leur contrat en conformité avec l'esprit libéral selon lequel « tout ce qui n'est pas défendu est permis »⁸⁹³, le consensualisme est érigé au rang du principe et le formalisme devient une exception, l'accent est mis sur la validité du consentement qui ne doit pas être vicié afin de confirmer le rôle tout puissant de la volonté de l'individu⁸⁹⁴. En ce qui concerne l'égalité, elle est entendue d'une façon abstraite sur le terrain juridique, tout comme sur celui économique, en ce sens

⁸⁸⁷ *Ibidem*.

⁸⁸⁸ R. DEMOGUE, *La notion du contrat*, dans Randuv Jubilejni Pamatnik Praze, 1934, p. 37 à 49, cité par D. BERTHIAU, *op. cit.*, p. 15.

⁸⁸⁹ Voir J.-F. ROMAIN, « Paradoxe de l'indécidable et aporie constitutive de la bonne foi : du mensonge par omission au dol par réticence et de la faute inexcusable de la victime du dol (contour et limites d'une forme de délit d'initié en droit civil » in B. TILLEMANN, A. VERBEKE, P.-Y. VERKINDT, *Droit des contrats : France, Belgique*, vol.2, Larcier, Bruxelles, 2006, p. 69.

⁸⁹⁰ Conformément à la mythique formule d'Adam Smith qui explique l'harmonie des intérêts privé avec l'intérêt général grâce à la « main invisible », une force d'ajustement et rééquilibrage dans la société. Voir G. FARJAT, *Droit privé de l'économie, Théorie des obligations*, PUF, coll. Thémis- droit, 1975, p. 48 et s.

⁸⁹¹ G. FARJAT, *idem*, p. 51.

⁸⁹² *ibidem*.

⁸⁹³ J. CARBONNIER, *Droit civil, Les obligations*, t. 4, PUF, 21^e éd., 1998, n° 16 qui cite en ce sens la Déclaration des droits de l'homme de 1789, art. 5.

⁸⁹⁴ J. CARBONNIER, *ibidem*: « Le contrat a une existence juridique par la seule force de la volonté sans que celle-ci ait besoin d'être revêtue de quelque empreinte qui lui serait conférée d'en haut. (...) Le consentement, non point la forme est une condition essentielle pour la validité du contrat. »

que les parties contractuelles bénéficient d'une égale aptitude à contracter ou pas, d'un égal traitement pendant la formation et l'exécution du contrat. Il semble que *l'homo oeconomicus* et *l'homo juridicus* du Code civil ont un dénominateur commun, étant « *un type unique, tiré en série* », « *toujours identique à lui-même dans son unité indivisible* ». ⁸⁹⁵

505. Inégalité et besoin de protéger les parties faibles. L'évolution de la société et de l'économie ont déterminé des changements dans la législation et la jurisprudence quant à la notion d'égalité des contractants. Au fur et à mesure, l'homme cesse d'être envisagé comme un être abstrait. Le droit devient sensible aux situations concrètes et s'intéresse à la qualité des parties, à leur expérience et connaissance. C'est ce qui explique que le concept d'égalité cesse à son tour d'être purement abstrait et se laisse façonner par le concret, par le factuel. Rien n'exprime mieux cette transformation que la prise en compte de l'infériorité des contractants fondée sur leur position économique, sur leur manque d'expérience et de connaissance par rapport aux professionnels, parties fortes dont la supériorité économique est évidente. Ceci ouvre la voie vers une nouvelle phase dans le droit civil : la phase de protection juridique des parties vulnérables du fait d'une infériorité économique et informationnelle.

L'inégalité des parties dans le domaine des contrats bancaires se caractérise par la diversité des sources, degrés et moments d'apparition. La doctrine montre que la faiblesse peut être « inhérente » ou « relative », cette affirmation n'étant pas caractéristique seulement des contrats bancaires, mais de tous les contrats en général⁸⁹⁶. C'est une inégalité « inhérente », qui résulte de l'insuffisance de discernement ou de connaissances et une inégalité « relative », qui résulte de la position de force de l'une des parties contractantes.

L'inégalité procède donc à la fois de la situation personnelle du contractant et de la spécificité du rapport contractuel qui oppose un professionnel à une partie profane ou tout simplement vulnérable. Lorsque le client est un professionnel, l'inégalité inhérente s'efface, mais celle relative peut subsister, c'est ce qui rend difficile de prévoir l'intensité de ces obligations. S'appliquent-elles seulement d'une manière estompée ou deviennent-elles hors sujet en présence d'un professionnel ? Il faut remarquer que la situation personnelle d'un contractant peut évoluer. Ainsi, le client et le banquier peuvent être considérés à pied d'égalité sur certains aspects au moment de la conclusion du contrat et se trouver plus tard en position

⁸⁹⁵ L. JOSSERAND, « La renaissance de la faute lourde sous le signe de la profession », *DH 1930*, chron., p. 29 et s. ; N. SAUPHANOR-BROUILLAUD, E. POILLOT, C. AUBERT DE VINCELLES, G. BRUNAU, *Les contrats de consommation - Règles communes*, op. cit., p. 89.

⁸⁹⁶ Voir notamment les « Réflexions finales » in J. GHESTIN, M. FONTAINE, op. cit., p. 616 : La faiblesse est inhérente lorsque « la faiblesse du contractant dont l'état de développement mental ou le niveau de connaissance dans la matière de contrat s'avère insuffisante pour porter un jugement éclairé sur la portée des engagements respectifs ». Par conséquent, le client bancaire qui ne bénéficie pas de toutes les informations utiles, voire des mises en garde concernant les risques potentiels ou des conseils adaptés à sa situation économique est en situation de faiblesse par rapport au banquier. La faiblesse relative intervient lorsque le contractant réputé faible « peut être parfaitement conscient de ce à quoi il s'engage mais il doit accepter les conditions que son partenaire lui impose car il n'a pas le choix. Cette situation de faiblesse présente deux variétés. Tantôt la faiblesse résulte de la puissance économique du partenaire, de sa dominance sur le marché qui lui permet de dicter les termes du contrat (monopole, restriction de concurrence consistant dans l'application de conditions contractuelles uniformisées). Tantôt le contractant est faible en raison de son propre état de besoin qui le rend vulnérable (...) ».

d'infériorité. Ceci entraîne parfois la nécessité de juger la portée de ses obligations en fonction des circonstances, ce qui ne fait qu'aggraver le risque opérationnel juridique - un aspect qui sera détaillé dans le chapitre suivant, car si le législateur impose des normes à portée générale, le juge ne statue que dans le cadre de l'espèce.

Il reste maintenant à montrer que toutes les obligations d'information, de mise en garde et de conseil ont été imposées à la fois par le législateur et le juge dans le but de réaliser l'égalisation des parties par le droit.

2. Une égalisation des parties par le droit

506. Spécificités des contrats bancaires. Les contrats bancaires se caractérisent par le fait d'être dans leur grande majorité des contrats d'adhésion, opposant des parties le plus souvent inégales du point de vue des connaissances et compétences, étant rédigés unilatéralement par les banquiers ou leurs mandataires et auxquels les clients adhèrent sans véritable possibilité d'en modifier le contenu⁸⁹⁷. Associé à une inégalité de fait des parties, ces contrats standardisés ont retenu l'attention du législateur et de la jurisprudence qui ont exploré les solutions compatibles avec la vision libérale, et donc individualiste du droit des contrats, telle qu'instaurée par le Code civil.

507. Nécessité de rétablir le principe d'égalité. C'est ce qui explique que les remèdes, législatifs ou jurisprudentiels, ont toujours eu le souci de restaurer l'équilibre contractuel rompu par « *l'inégalité de puissance économique* »⁸⁹⁸ et par « *l'absence de débat préalable et détermination unilatérale du contenu contractuel* »⁸⁹⁹. Les efforts entrepris pour protéger la partie faible se sont concrétisés soit dans un interventionnisme législatif, soit dans une création prétorienne orientée vers les normes de comportement des contractants.

508. Obligations d'information, de mise en garde et de conseil et l'égalisation des parties par le droit. De ses efforts sont nées les obligations d'information, de mise en garde et de conseil du banquier qui, sous cette lumière, apparaissent comme les instruments d'une technique moderne, qui, *in fine*, n'est autre chose qu'un moyen pour atteindre l'égalité abstraite des parties consacrée par la théorie civiliste classique d'inspiration libérale. Le

⁸⁹⁷ La paternité de l'expression « contrat d'adhésion » revient à SALEILLES dans son ouvrage *De la déclaration de volonté. Contribution à l'étude de l'acte juridique dans le Code civil allemand*, 1901 et a fait l'objet de nombreuses études doctrinales. Les contrats d'adhésion ont été définis par le professeur J. GHESTIN comme « l'adhésion à un contrat type, qui est rédigé unilatéralement par l'une des parties ou par un organisme représentant ses intérêts exclusifs et auquel l'autre adhère sans possibilité réelle de le modifier. » ; J. GHESTIN, I. MARCHESSAUX-VAN MELLE, « Les contrats d'adhésion et les clauses abusives en droit français et en droit européen » in J. GHESTIN, M. FONTAINE, (*dir.*), *op.cit.*, p. 4 ; voir également : G. BERLIOZ, *Le contrat d'adhésion*, thèse, préface de B. GOLDMAN, LGDJ, Paris, 1973.

⁸⁹⁸ J. GHESTIN, I. MARCHESSAUX-VAN MELLE, « Les contrats d'adhésion et les clauses abusives en droit français et en droit européen » *ibidem*.

⁸⁹⁹ G. BERLIOZ, *op.cit.*

législateur et les juges ont défendu « *au fond l'idée de force contractuelle* »⁹⁰⁰, dans l'objectif "de parachever l'œuvre du Code civil." »⁹⁰¹. Effectivement, lorsque le législateur et le juge exigent du banquier qu'il informe, mette en garde et conseille ses clients non-initiés, ils œuvrent au renforcement du consentement éclairé, et implicitement au renforcement de la volonté et de l'égalité. Ainsi, il faut conclure que ces obligations, en imposant à la partie forte un comportement égalitaire⁹⁰², se présentent comme des instruments qui rétablissent le principe d'égalité des parties dans le droit des contrats.

509. Limites de la protection. Prodigieusement fertiles dans le domaine bancaire, elles ont permis aux juges de protéger pas seulement les particuliers profanes ou consommateurs mais également les professionnels qui contractent « *en dehors de leur sphère de compétence* »⁹⁰³ qui se trouvent pratiquement « *dans le même état d'ignorance que n'importe quel autre consommateur* »⁹⁰⁴. Ainsi, les obligations d'information, de mise en garde et de conseil protègent une catégorie large de clients dont la caractéristique en commun est le manque d'expérience et de compétence dans le domaine bancaire. En revanche, ces obligations s'estompent, voire deviennent inapplicables en présence de particuliers et de professionnels avertis.. La logique réside dans le fait que l'information, la mise en garde et le conseil ne sont pas exigés pour « causer des ennuis » aux banquiers, mais pour rééquilibrer le contrat et empêcher une injustice d'ordre contractuel. Ces remèdes s'inscrivent clairement dans une approche individualiste qui vise à écarter les conséquences injustes issues de la rédaction unilatérale du contrat, associée à l'inégalité des parties.

Sans s'attarder sur ces aspects, car ils seront détaillés lorsqu'on abordera le domaine d'application de chacune de ses trois obligations, nous nous contenterons de souligner que même si, en principe, il n'y a pas à renseigner celui qui sait, ni à mettre en garde celui qui connaît les risques, ni conseiller celui qui n'a pas besoin des conseils, il semble que la seule considération de l'activité professionnelle ne justifie pas à elle seule la non application de ces trois obligations. Le plus souvent, les juges chercheront plusieurs indices pour comprendre les compétences réelles des parties⁹⁰⁵. C'est notamment une source de risque juridique opérationnel, souvent ignorée.

510. Justice distributive. Signalons aussi que leur développement répond par ailleurs à un souci de justice distributive, car *via* ces obligations on parvient à attribuer « *des avantages en fonction de justes causes d'inégalité* »⁹⁰⁶, ce qui revient en effet à accorder aux parties réputées faibles une protection légale qui se concrétise le plus souvent dans l'augmentation des devoirs

⁹⁰⁰ G. RIPERT, *Le régime démocratique et le droit civil moderne*, Paris, 1935.

⁹⁰¹ *Ibidem*.

⁹⁰² Voir en ce sens l'analyse faite par D. BERTHIAU, *op. cit.*, n° 223 et s.

⁹⁰³ B. FAGES, « La protection du consentement – L'obligation d'information », *op.cit.*

⁹⁰⁴ Voir en ce sens les arrêts cités par J. MESTRE, *RTD civ.* 1990, 474 et s.

⁹⁰⁵ B. FAGES, « La protection du consentement – L'obligation d'information », *op.cit.*; Si le client n'est pas profane, la responsabilité du banquier peut être exclue en matière du manquement aux obligations d'information (Cass. com., 6 juill. 1964, *JCP G* 1965, II, 14024) ou atténuée (Cass. com. 28 oct. 1974, *D.* 1976, p. 373 ; Rappr. Cass. com., 26 mai 1966, *Bull. civ. III*, n° 154 ; Cass 1^{ère} civ., 27 juin 1973, *D.* 1973).

⁹⁰⁶ *Ibid*, p.6 ; Pour la question de la justice distributive voir : ARISTOTE, *Ethique à Nicomanque*, *op.cit.*, 243-255.

qui incombent à leurs cocontractants, parties fortes. Les obligations d'information, de mise en garde et de conseil du banquier, expression moderne de la justice distributive, contribuent à restreindre la liberté du plus fort et accroître la protection du plus faible. Ces obligations visent à éclairer le consentement des clients non-initiés, adhérents aux contrats bancaires les plus divers, qui entrent le plus souvent sous l'empire du droit de la consommation, sans négliger pour autant le domaine du droit civil commun. Ces nouvelles exigences ne sont pas sans utilité car elles ont un fort effet dissuasif à l'heure des relations bancaires de masse. Si le banquier sait qu'il doit veiller à informer, mettre en garde et même conseiller sa clientèle, et qu'en cas de manquement à ses obligations, il encourt des sanctions civiles et/ou disciplinaires importantes, il adoptera des normes de conduites aptes à éviter le risque juridique, ce qui, *in fine*, ne peut qu'être bénéfique aux deux parties contractantes. La confiance est en effet indispensable au bon fonctionnement du marché bancaire à long terme et à ce titre la protection du consentement éclairé de l'adhérent est souvent essentielle à l'intérêt économique des banquiers.

§2 La marque d'une transformation du droit des contrats

511. Restriction de la liberté du plus fort et protection accrue du plus faible. Il est indéniable que les obligations d'information, de mise en garde et de conseil sont le produit d'une transformation du droit des contrats, caractérisée par la découverte de nouveaux devoirs des cocontractants. Le Doyen Jean Carbonnier remarquait à propos de cette évolution, que « *dans la société de la consommation : le professionnel est suspect et le particulier consommateur est surprotégé comme un faible d'esprit* »⁹⁰⁷. C'est sans doute dans ce contexte qu'il faut analyser le rôle créateur du juge fondé sur un contrôle plus poussé de l'équilibre contractuel et motivé par le souci de protection des parties faibles⁹⁰⁸.

A première vue en contradiction avec les grands principes consacrés par le Code civil en matière contractuelle, cette œuvre prétorienne n'a en réalité rien de choquant, étant la réponse juridique apportée aux changements des données économiques et sociales de nos jours. L'article 1134 du Code civil est la quintessence de la philosophie libérale, traduite sur le terrain juridique, un écho de la liberté de l'homme, telle que proclamée par la philosophie des Lumières : des hommes libres de créer eux-mêmes le droit, des hommes qui sont des contractants parfaitement égaux et qui engagent leur foi dans le contrat. Le Code civil transpose ainsi la doctrine économique libérale comme la meilleure solution dans la recherche de la richesse de la nation. Cependant, « *la faiblesse de la construction était que l'égalité contractuelle était purement théorique. C'était une égalité civile, c'est-à-dire de condition juridique, mais non pas une égalité de force. Dès lors, aussitôt qu'un déséquilibre de force se*

⁹⁰⁷ J. CARBONNIER, *Droit civil. Introduction, op. cit.*, n° 78.

⁹⁰⁸ M. FABRE-MAGNAN, *Les obligations, op.cit.*, p. 78.

*créait, la liberté contractuelle devait engendrer des abus, qui devaient à leur tour une réaction. »*⁹⁰⁹.

C'est au nom de cette réaction que le droit a su se réinventer, en s'adaptant, par des innovations juridiques ou par la relecture de ses principes qui ont pris un nouveau souffle, comme celui de la bonne foi, au profit des parties faibles, cherchant à améliorer l'équilibre contractuel. Face aux développements d'une « société de consommation » et de la bancarisation de masse, l'honneur des juristes a été de trouver, et de garder, un point d'équilibre entre les principes de base de droit des contrats et la garantie de l'égalité des contractants. C'est pour cela que le droit contemporain a créé de nouveaux instruments qui ont la vocation à rétablir l'égalité des contractants. L'adaptation du droit s'est traduite dans une restriction de la liberté du plus fort « *pour plus d'égalité contractuelle* »⁹¹⁰ et dans une protection accrue du plus faible.

512. Formalisme informationnel. Une autre marque de la transformation du droit est l'essor du formalisme en matière informationnelle (des informations précises qui doivent figurer dans les contrats). Cependant il faut remarquer que ce nouveau formalisme se distingue de l'ancien formalisme. Selon Demogue⁹¹¹, la renaissance du formalisme est « *la loi du moindre effort, qui appartient surtout à l'ordre économique.* » Paradoxalement le libéralisme économique est juridique ont anéanti dans un premier temps le formalisme, au nom de la liberté contractuelle, mais l'ont fait renaître dès que la rapidité et la sécurité des transactions l'a demandé. Ainsi il apparaît que « *le formalisme est un embarras quand il n'est qu'une pompeuse escorte, le panache des actes juridiques, mais il devient un moyen de rendre les affaires rapides et sûres lorsqu'il ne contient que l'indispensable : les moyens de régler rapidement les conditions d'un acte. (...) Le formalisme des mots employés devient ainsi une économie de temps* »⁹¹²

⁹⁰⁹ M. L. SIMONT, « Tendances et fonctions actuelles du droit des contrats » in *Renaissance du phénomène contractuel, séminaire organisé à Liège, les 22, 22 et 24 octobre 1970*, Faculté de droit de Liège, Martinus Nijhoff, La Haye, 1971.

⁹¹⁰ C. THIBIERGE – GUELFUCCI, *op.cit.*, p. 376 nous fait remarquer que : « *le souci de sécurité, jadis attaché aux effets du contrat, à sa force obligatoire, se reporte sur la phase de formation de l'acte. Ce faisant, la sécurité recherchée change de nature : d'objective et source de protection de la partie la plus forte, créancière, elle devient subjective et permet la protection du plus faible, du futur débiteur. C'est aussi restreindre la liberté du plus fort pour plus d'égalité contractuelle.* » ; voir aussi : F. OST, « Temps et contrat. Critique du pacte faustien », in *La relativité du contrat*, Travaux Association H. Capitant, Nantes, LGDJ, 2000, pp 148-149.

⁹¹¹ Voir DEMOGUE, *Notions fondamentales de droit privé, op. cit.*, le chapitre sur « l'économie de temps et d'activité », p. 111 -113.

⁹¹² V. VENIAMIN, *op. cit.*, p. 215-216.

CONCLUSION DU CHAPITRE II

513. Obligations d'information, de mise en garde et de conseil et la considération croissante d'égalité sociale et contractuelle. Nous avons vu que les obligations d'information, de mise en garde et de conseil du banquier se nourrissent des considérations sociales et des exigences de bonne foi contractuelle. Leur émergence trouve en partie leur justification dans les aspirations contemporaines d'égalité entre les parties contractuelles. « *La considération croissante de la personne* »⁹¹³ se traduit entre autres par l'inflation des instruments juridiques appelés aux secours des parties faibles. Ces préoccupations se sont traduites d'une part par une intense activité de création prétorienne qui a eu le mérite d'innover à partir des règles de droit commun et, d'autre part, par une multiplication des efforts législatifs en matière de protection des parties faibles, dans divers secteurs économiques, y compris dans celui bancaire.

514. Obligations d'information, de mise en garde et de conseil – expression de la bonne foi dans les contrats bancaires. Sur le terrain juridique, nous avons montré que la rencontre des contrats bancaires avec le principe de bonne foi a été fructueuse. Ainsi, les obligations jurisprudentielles d'information, de mise en garde et de conseil du banquier ont été introduites dans le champ contractuel et imposées au banquier, à partir des articles 1134, alinéa 3 et 1135 du code civil. Qu'ils soient d'origine législative ou prétorienne, ces trois instruments juridiques sont guidés par une même logique (qui d'ailleurs n'est pas étrangère à l'esprit des Lumières : « *un homme est toujours capable de défendre ses droits, pourvu qu'il soit éclairé* »⁹¹⁴) et suivent une même finalité (en cherchant à égaliser, par le droit, les contractants dans le domaine bancaire).

515. Obligations d'information, de mise en garde et de conseil – expression d'une conception juridique individualiste tempérée par le solidarisme contractuel. Tout au long de ce chapitre nous avons montré que les évolutions des données économiques et sociales ont conduit à ce que la situation personnelle des contractants (expérience, connaissance, formation) soit prise en compte au fur et à mesure par le droit, malgré la conception abstraite et individualiste de la doctrine civiliste classique. En effet, il a été montré que la théorie du contrat issue du Code civil représente le « *couronnement juridique du libéralisme économique, encore dominant en 1804* »⁹¹⁵. C'est ce qui a expliqué la grandeur du contrat dans un contexte économique prospère sous l'impulsion de la division du travail et de la grande industrie. La liberté contractuelle, l'autonomie de la volonté, la force obligatoire et le consensualisme du contrat ont été des réponses juridiques apportées aux préoccupations économiques de l'époque. Leur finalité a été de rendre le contrat plus efficace, plus souple et rapide, donc plus adapté au marché. Ce fut une reconnaissance implicite de sa fonction

⁹¹³ Cour de Cassation, Rapport annuel 2010, *Droit du savoir*, p. 85 ; voir aussi R. Savatier, *Les Métamorphoses économiques et sociales du droit privé d'aujourd'hui – Troisième série : approfondissement d'un droit renouvelé*, Dalloz, 1959, p. 5-29, qui parlait de « la promotion juridique contemporaine de la personne ».

⁹¹⁴ J. CARBONNIER, *Droit civil, Les obligations*, t. 4, *op. cit.*, n°83.

⁹¹⁵ V. VENIAMIN, *op. cit.* p. 183.

économique, le contrat étant perçu comme un élément de prospérité économique⁹¹⁶. Le Code civil a consacré une conception juridique d'inspiration libérale, centré autour de trois grands principes : autonomie de la volonté, le principe de consensualisme et le contrat – loi des parties. Conçus comme des êtres raisonnables qui jouissent d'une égalité juridique abstraite, les contractants sont responsables de la recherche des informations dont ils ont besoin, sans qu'une quelconque protection ne soit nécessaire. Mais l'individualisme du Code civil a été tempéré tout d'abord par les travaux doctrinaires des adeptes du solidarisme contractuel, reflétés ensuite dans l'œuvre conjointe du législateur et du juge. Le solidarisme contractuel a milité pour le rétablissement d'un « *certain équilibre de droits entre des parties inégales de fait* »⁹¹⁷. Il a proposé « *une nouvelle vision du contrat, adaptée aux relations contractuelles inégalitaires* »⁹¹⁸, en dénonçant la conception abstraite de l'homme. Pour d'illustres juristes comme Gény, Gounot et Duguit la réalité montrait que les hommes étaient « *concrètement inégaux* »⁹¹⁹, ne pouvant pas de ce fait « *tous exercer pleinement les droits dont ils sont titulaires* »⁹²⁰. Ainsi le terrain préparé, la consommation et la bancarisation de masse n'ont fait qu'accélérer la prise de conscience du législateur et du juge qui ont su imposer une forme moderne de moralisme contractuel⁹²¹ en s'appuyant sur une interprétation dynamique des notions de bonne foi et d'équité du Code civil.

516. Obligations d'information, de mise en garde et de conseil - rupture seulement apparente avec la logique civiliste classique. A bien y regarder, l'intention des interventions législatives et prétoriennes en faveur des parties faibles n'a pas été de rompre avec la vision classique en matière contractuelle, mais plutôt de créer les conditions optimales pour qu'elle reste applicable⁹²². Dans cette optique, il devient clair que l'intention est d'assurer un consentement éclairé et de restaurer une égalité entre les parties contractantes. Par conséquent, les informations utiles, les avertissements pertinents et les conseils adaptés permettent aux clients bancaires de s'engager en pleine connaissance de cause, ce qui leur suffit, par la suite, pour défendre eux-mêmes leurs intérêts. En effet, nous avons pu constater que les obligations d'information, de mise en garde et de conseil sont des instruments de rééquilibrage contractuel, dans un but égalitaire et de renforcement de la volonté de s'engager. Les obligations d'information, de mise en garde et du conseil du banquier ne sont que des techniques parmi d'autres⁹²³ pour préserver l'égalité des parties contractuelles,

⁹¹⁶ *ibidem*.

⁹¹⁷ J. CEDRAS, « Le solidarisme contractuel en doctrine et devant la Cour de cassation » in Cour de cassation, Rapport annuel 2003, p. 189.

⁹¹⁸ *Ibidem*.

⁹¹⁹ *Ibidem*.

⁹²⁰ *Ibidem*.

⁹²¹ J. CARBONNIER, *Droit civil. Introduction, op. cit.*, n° 77.

⁹²² J. CEDRAS, *op. cit.*, p. 189 : « Tout en réprochant la vision autonomiste du droit subjectif, les solidaristes gardent la volonté comme source de l'effet obligatoire, mais en soumettent la validité aux exigences sociales supérieures du solidarisme ».

⁹²³ Citons en ce sens, les conclusions acquises après une étude comparative du droit français et belge in J. GHESTIN, M. FONTAINE (*dir.*), *op. cit.* : « Les techniques de protection sont également très variées. Elles portent sur le mode de formation du contrat (incapacités, vices du consentement ; obligations d'information, formalisme, interférence avec le jeu de l'offre et de l'acceptation, droit de réflexion et droit de repentir, régime des contrats d'adhésion, organisation des négociation collectives), sur la

notamment lors de la phase de formation du contrat, mais aussi dans la phase d'exécution. Ces trois obligations essaient de concilier les postulats de la philosophie individualiste avec les changements inéluctables intervenus dans une société caractérisée par la production et la distribution de masse.

détermination ou le contrôle du contenu du contrat (réglementation impératives régimes des clauses abusives, lésion qualifiée, exécution de bonne foi, principes d'interprétation, élargissement du champ contractuel, durée de contrat), sur le régime des sanctions (atténuation de la rigueur des sanctions frappant les manquements de la partie faible) ou certains aspects du contentieux (instauration de présomptions, interventions en matière de compétence judiciaire et de prescription extinctive, atteinte au libre choix de la loi applicable). La liste n'est pas limitative ».

CONCLUSION DU TITRE I

517. Fondements multiples. Nous avons relevé que les obligations d'information, de mise en garde et de conseil n'ont pas un fondement unique, mais qu'au contraire, elles trouvent leurs raisons d'être à la fois dans des considérations économiques, sociales et juridiques.

518. Obligations d'information, de mise en garde et de conseil du banquier – entre protection de la concurrence et protection des parties faibles. Les obligations d'information, de mise en garde et de conseil témoignent du fait que le droit ne peut pas faire abstraction du milieu économique et social. Véritable manifestation du paradigme ordolibéral, ce trio informationnel contribue à la fois à la réalisation d'une véritable concurrence dans une économie de marché et à la protection des parties faibles. Ces trois instruments juridiques sont également le signe d'une tendance au rééquilibrage contractuel, en dépassant la conception classique, héritée du Code napoléonien, d'égalité abstraite des parties contractuelles. Les obligations d'information, de mise en garde et de conseil du banquier à l'égard de ses clients particuliers illustrent la recherche d'une égalisation par le droit, à l'aide de l'interventionnisme législatif et jurisprudentiel au bénéfice des parties contractuelles présumées faibles. En définitive, elles sont l'illustration des deux grandes valeurs du droit des contrats : l'utile et le juste. Utiles pour le bon fonctionnement du marché et pour le progrès social, elles sont en même temps justes par leur aspiration morale de protection des parties faibles contre l'opportunisme des parties fortes.

519. Annonce du plan. Nous verrons que ces trois obligations sont sous le signe d'une permanente dualité, car à cette double protection nous pouvons associer leur double apparence de contrainte et bouclier. Cette affirmation se vérifie lorsqu'on procède à l'analyse d'une part des risques entraînés par la méconnaissance de ces trois obligations, et d'autre part des moyens de traitement et de gestion du risque juridique opérationnel (Titre II). Nous allons procéder maintenant à l'analyse du régime juridique de chacune de ses trois obligations et à la présentation des risques associés à ces obligations (Chapitre I). Ensuite, nous appliquerons les enseignements de la théorie du *risk management* afin d'identifier les instruments de traitement et de gestion des risques juridiques associés aux obligations d'information, de mise en garde et de conseil du banquier à l'égard de sa clientèle particulière (Chapitre II).

Titre II

Obligations d'information, de mise en garde et de conseil du banquier : contraintes et boucliers

520. Délimitation du sujet. L'intérêt de cette thèse n'est pas de dresser un inventaire des obligations d'information, de mise en garde et de conseil du banquier, qui se révélerait à la fois incomplet et fastidieux. Nous avons choisi de nous livrer à une étude axée sur les développements récents tant en droit positif que sur le plan doctrinal afin de mettre en évidence les risques juridiques bancaires attachés aux trois obligations susmentionnées. A cet effet, nous allons présenter les principaux éléments de la théorie juridique en la matière, tout en illustrant les méthodes d'analyse des risques opérationnels de nature juridique.

Après avoir montré, lors de l'étude des fondements, que ces trois obligations répondent à la fois à des fins pragmatiques et de justice contractuelle, notre objectif est de montrer que, malgré les contraintes qu'elles imposent, leur bonne gestion est un instrument au service d'une meilleure maîtrise du risque juridique au sein d'une banque.

521. Annonce du plan. Par conséquent, il nous semble opportun de nous intéresser, d'une part, à l'analyse du régime juridique et la présentation des risques opérationnels de nature juridique liés à l'inexécution de chacune de ces trois obligations dans le cadre des contrats bancaires (Chapitre I) et, d'autre part, au traitement et à la gestion des risques juridiques associés à la méconnaissance des obligations d'information, de mise en garde et de conseil du banquier à l'égard de sa clientèle particulière (Chapitre II). A cette fin, nous utiliserons les enseignements de la première partie.

Chapitre I

Les obligations d'information, de mise en garde et de conseil du banquier : analyse juridique et illustration du risque opérationnel juridique

522. Droit des contrats et analyse des risques. Notre ouvrage a commencé par l'étude des concepts fondateurs de la gestion des risques juridiques bancaires et se poursuit par leur application aux obligations d'information, de mise en garde et de conseil. Cette structure binaire nous invite maintenant à réaliser l'interconnexion des deux disciplines : le droit des contrats et la gestion des risques. Mais, avant d'analyser, successivement, les caractéristiques et les risques opérationnels de nature juridique⁹²⁴ attachés aux obligations d'information (Section I), de mise en garde (Section II) et de conseil du banquier envers ses clients (Section III), nous allons justifier brièvement nos choix terminologiques et notre approche tripartite, sans oublier de rappeler brièvement les concepts clefs de l'analyse qualitative qui reste à faire.

523. Justification du choix terminologique. Précisons, au préalable, les raisons pour lesquelles nous avons choisi d'utiliser dans notre étude le terme « obligation », et non pas celui de « devoir »⁹²⁵ qui est employé par une partie de la doctrine.

En théorie, les termes « devoir » et « obligation » ne sont pas identiques. En effet, classiquement, on considère que le « devoir » a une origine légale, faisant référence à « certaines règles de conduite d'origine légale et de caractère permanent (qui se trouve aussi avoir une coloration morale) : devoir de mariage, devoir de famille »⁹²⁶. En revanche, la notion « d'obligation » est définie comme « un lien de droit (*vinculum juris*) par lequel une ou plusieurs personnes, le ou les débiteurs, sont tenues d'une prestation (fait ou abstention) envers une ou plusieurs autres, le ou les créanciers, en vertu soit d'un contrat, soit d'un quasi-contrat, soit d'un délit ou d'un quasi-délit, soit de la loi »⁹²⁷. Cependant, la doctrine n'est pas ralliée en totalité à cette vision, montrant d'une part que le devoir puise ses sources également dans des dispositions professionnelles⁹²⁸ et d'autre part que la « coloration morale » est en égale mesure l'apanage de l'obligation, car elle aussi « a vocation, avec la même force morale, à être exécutée »⁹²⁹.

⁹²⁴ Dans l'acception déjà présentée, propre à la discipline de « risk management » /gestion des risques, voir *supra* n° 61 et ss.

⁹²⁵ Voir en ce sens Y. PICOD, *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, LGDJ, *op.cit.*, n° 7 ; P. DUPICHOT, *Les pouvoirs des volontés individuelles en droit des sûretés*, éditions Panthéon-Assas, coll. Thèses, 2005, n° 69.

⁹²⁶ G. CORNU (dir.), définition du terme « devoir » in *Vocabulaire juridique*, *op.cit.*

⁹²⁷ *Ibidem*, p. 602.

⁹²⁸ C. LUCAS DE LEYSSAC, « L'obligation de renseignement dans les contrats » in Y. LOUSSOUARN et P. LAGARDE (dir.), *L'information en droit privé*, LGDJ, bibl. dr. priv., 1978, n° 58, p. 340 qui montre que le « devoir » de conseil est lié au statut de professionnel, tandis que « l'obligation » de conseil est liée au contrat.

⁹²⁹ R. HATTAB, *L'obligation de conseil des prestataires de services d'investissement*, préface de M. STORCK, Presses Universitaires de Strasbourg, 2006, p. 25 ; M. FABRE-MAGNAN, *De l'obligation d'information dans les contrats. Essai d'une théorie*, *op.cit.*, p. 5 et 6.

Mais dans la pratique les deux termes sont employés souvent comme synonymes⁹³⁰ et on ne peut pas ignorer cette tendance des juridictions civiles et commerciales en la matière.

Cette querelle des mots est par conséquent relative, voire un peu artificielle, n'étant « *pas d'une très grande utilité et surtout pas suffisamment précise* »⁹³¹. La distinction consiste surtout dans la nuance et elle n'est pas de nature à restreindre ou élargir le périmètre de notre thèse. Dans ce contexte, nous avons privilégié le terme « obligation » qui a plus de précision, et qui semble être confirmé par la quasi-totalité de la doctrine en la matière⁹³².

524. Une vision tripartite de la transparence bancaire. L'analyse de la jurisprudence et de la doctrine révèle une certaine confusion qui va au-delà de la variation terminologique et qui touche la nature juridique des notions d'information, de mise en garde et de conseil. Cette confusion est le fruit d'une évolution de la matière, bousculée d'une part par l'arsenal législatif en matière de protection de consommateurs et d'autre part par les revirements jurisprudentiels. Ainsi, il est opportun de souligner dès le départ qu'à ce jour, suite à un effort de systématisation entrepris par la Cour de cassation, nous pouvons distinguer aisément trois obligations distinctes qui incombent au banquier : l'obligation d'information, l'obligation de mise en garde et l'obligation de conseil.

525. Evolution. Cependant la consultation des arrêts plus anciens et des études entreprises par la doctrine risque de troubler le lecteur. Il est ainsi nécessaire de présenter succinctement l'évolution de ce sujet.

Tout d'abord, une grande partie de la doctrine a considéré que les professionnels étaient tenus à une obligation d'information unique qui ne perdait pas son autonomie malgré l'existence de différents degrés de l'information : renseignement, mise en garde et conseil. Ces degrés ou subdivisions de l'obligation d'information, en dépit de leur contenu différent, présentaient la même nature, ce qui justifiait une approche globale. C'est notamment le cas de la thèse de Mme Fabre-Magnan⁹³³ qui reste une référence en la matière.

⁹³⁰ citons en ce sens C. Cass, Assemblée plénière, Epoux X c. / *Caisse régionale de crédit agricole mutuel de la Touraine et du Poitou*, Arrêt n° 553 du 2 mars 2007 : « Alors que l'existence de clauses claires dans le contrat d'assurance souscrit par l'emprunteur en garantie des prêts contractés par lui ne dispense pas le banquier de son devoir d'informer et de conseiller ce dernier sur l'étendue des garanties contractuelles compte tenu de sa situation personnelle ; qu'en se fondant, pour juger que la CRCAM n'avait pas manqué à son obligation de conseil et d'information, sur la circonstance inopérante que les clauses du contrat étaient claires et précises, la cour d'appel a violé l'art. 1147 du code civil. ».

⁹³¹ M. FABRE-MAGNAN, *De l'obligation d'information dans les contrats. Essai d'une théorie*, op.cit., p. 5 et 6

⁹³² M. FABRE-MAGNAN, *De l'obligation d'information dans les contrats. Essai d'une théorie*, op.cit., F. BOUCARD, *Les obligations d'information et de conseil du banquier*, PUAM, 2002, préf. D. LEGEAIS, n° 2, p. 20 ; R. HATTAB, op. cit.

⁹³³ M. FABRE-MAGNAN, *De l'obligation d'information dans les contrats. Essai d'une théorie*, op.cit., p. 7 : « malgré la distinction fondamentale qui nous est apparue au sein de ces obligations, une unité profonde existait tout de même entre elles. En premier lieu et surtout, la caractéristique évidente commune à toutes les obligations d'information réside dans leur mode d'exécution : la transmission d'une information. (...) autre traits importants se retrouvent dans toutes les obligations d'informations : les principes directeurs de ces obligations, leurs éléments constitutifs, leur nature juridique, leurs modalités concrètes d'exécution, leur preuve, le montant des dommages-intérêts dus en cas d'inexécution, etc. » ; voir aussi C. LUCAS DE LEYSSAC, op. cit., n° 3, p. 307 pour lequel le renseignement, la mise en garde et le conseil

Il ne s'agissait pas d'une vision erronée ou limitative. Au contraire, elle est à l'origine de la systématisation que l'on connaît aujourd'hui, car les degrés de l'obligation d'information identifiés par la doctrine se sont transformés au fur à mesure, sous le coup du développement législatif et jurisprudentiel ultérieur, en de véritables devoirs autonomes.

Ensuite, des efforts considérables ont été faits tant par les juges que par la doctrine pour délimiter l'obligation d'information de celle de conseil, en affirmant leur autonomie. La mise en garde a été absorbée par le devoir de conseil qui était décliné dans un conseil positif (le conseil proprement dit) et un conseil négatif (la mise en garde)⁹³⁴. Cette vision binaire a été partagée par de nombreux auteurs civilistes ou de droit spécial pour lesquels la mise en garde n'était rien d'autre que l'une des facettes du devoir de conseil.

Et enfin, une dernière phase dans cette évolution du sujet est marquée par la vision tripartite qui opère désormais une distinction entre trois obligations différentes : l'obligation d'information (ou de renseignement), l'obligation de mise en garde et l'obligation de conseil⁹³⁵. En droit bancaire et financier, cette délimitation a été facilitée par l'œuvre prétorienne qui, depuis 2005, a consacré l'obligation de mise en garde⁹³⁶, une obligation qui s'est émancipée de la tutelle du devoir de conseil⁹³⁷, revendiquant ainsi son autonomie et sa singularité⁹³⁸.

Il est utile de souligner que cette vision tripartite est avant tout pragmatique et opportune, en apportant plus de précision à la nécessaire systématisation des devoirs du professionnel. La différence d'intensité de l'information se traduit pour le banquier dans une différence de diligences et d'efforts pour s'adapter à l'environnement juridique. Pour notre étude, elle est bénéfique car elle nous permet de mettre en exergue le besoin d'une analyse juridique par filière métier, car si l'obligation d'information est quasiment généralisée, les deux autres obligations ont un périmètre distinct.

désignent la même obligation ; Y. BOYER, *L'obligation de renseignement dans les contrats*, th. Aix-en - Provence, 1977 ; Ph. LE TOURNEAU, « Le l'allégement de l'obligation de renseignement ou de conseil », *D.* 1987, chr. p. 101 ;

⁹³⁴ F. BOUCARD, *op.cit.* ; R. HATTAB, *L'obligation de conseil des prestataires de services d'investissement*, préface de M. STORCK, Presses Universitaires de Strasbourg, 2006

⁹³⁵ J. GHESTIN, G. LOISEAU et Y.-M. SERINET, *La formation du contrat*, t. 1 *Le contrat - Le consentement*, *op. cit.*, n° 1597 à 1600, n° 1605 à 1607, n° 1617 à 1619, n° 1624, 1631, 1648, 1650, 1652 ; G. VINEY, P. JOURDAIN, S. CARVAL, *Les conditions de la responsabilité* in *Traité de droit civil* sous la direction de J. GHESTIN, LGDJ, 4^e éd., 2013, n° 502 ; W. ABOU NADER, *L'obligation de mise en garde du banquier dispensateur de crédit*, thèse, sous la direction de F. DRUMMOND, Panthéon-Assas, Paris, 2009 ; M. VASSEUR, « Des responsabilités encourues par le banquier à raison des informations, avis et conseils dispensés à ses clients », *Banque* 1983, p. 443 ; R. ROUTIER, *Obligations et responsabilités du banquier*, Dalloz, coll. Dalloz référence, 2^e éd., 2008, n° 321.00 et ss. ; Il faut aussi souligner que pour le droit français il est symptomatique de traiter de l'une des trois obligations, en lui consacrant une étude entière : R. SAVATIER, « Les contrats de conseil professionnel en droit privé », *D.* 1972, chron., p. 137 ; Nous constatons la même tendance dans le droit belge : F. GLANSDORFF, *Les obligations d'information, de renseignement, de mise en garde et de conseil*, Larcier, coll. « Commission Université-Palais », Bruxelles, 2006, vol. 86,

⁹³⁶ Voir *infra* n° 643 et ss.

⁹³⁷ W. ABOU NADER, *op. cit.*

⁹³⁸ *ibidem*

A toutes fins utiles, nous précisons que les termes « obligation de renseignement » et « obligation d'information » seront employés comme synonymes dans les pages qui suivent.

526. Bref rappel des critères de distinction des risques opérationnels⁹³⁹. Dans la vision du *risk management*, un risque se caractérise par trois éléments essentiels : la probabilité de sa survenance (fréquence), la gravité de ses conséquences et sa criticité. L'articulation des deux premiers éléments permet en effet la définition du troisième paramètre : la criticité, qui servira ensuite à la hiérarchisation des risques⁹⁴⁰.

527. Risques fréquents et d'amplitude. Selon leur fréquence, les risques peuvent être fréquents ou d'amplitude (ou extrêmes ou critiques). En ce qui concerne la gravité, elle s'estime en fonction de l'impact financier qui peut être mineur, moyen ou majeur. Selon ce critère, les risques opérationnels peuvent être à faible impact (mineurs ou peu coûteux), impact moyen (moyennement coûteux) ou à impact fort (majeurs ou très coûteux) Le plus souvent (et d'ailleurs, heureusement) les banques ont dans la pratique certes à gérer des risques fréquents, mais peu coûteux ou à faible impact. Pour ce type de risques, il y a en principe beaucoup de données, tant internes qu'externes. Les risques d'amplitude se caractérisent par une fréquence rare, mais à fort impact financier. De toute évidence, et c'est là tout l'art des analystes de risques, il faut savoir les quantifier. La quantification se heurte souvent à l'absence des données internes pertinentes, ce qui nécessite une analyse par le biais de la méthode des scénarios, en prenant en compte le plus souvent des cas avérés externes, soit les jurisprudences existantes qui concernent d'autres établissements bancaires similaires. Par conséquent, la veille juridique s'avère un préalable, une condition *sine qua non* de l'analyse des risques.

528. Bref rappel de la notion du « risque juridique » dans notre étude⁹⁴¹. Nous envisageons le risque juridique bancaire en tant que subdivision du risque bancaire opérationnel. Il est défini comme un risque de perte et/ou de manque à gagner résultant d'un processus juridique interne inadéquat, inopportun ou défaillant, et/ou d'un autre processus interne ayant des effets juridiques et/ou de l'ambiguïté, de l'excès ou de l'insuffisance de la loi, ainsi que d'un revirement jurisprudentiel défavorable. Multiples, les conséquences d'un risque juridique peuvent comprendre les suites d'une responsabilité civile, pénale, administrative ou simplement disciplinaire, ainsi que le coût interne de traitement des réclamations, les intérêts de trésorerie, les gestes commerciaux, la perte de clientèle, la non captation de la clientèle, la perte d'image, etc.

529. Grille d'analyse des risques juridiques. Une analyse de risque juridique devrait se faire suivant un raisonnement décomposé en plusieurs étapes correspondant à une grille qui englobe plusieurs rubriques. Nous proposons le modèle suivant :

⁹³⁹ Voir *supra* n° 257 et ss.

⁹⁴⁰ Y. METAYER, L. HIRSH, *op. cit.*, p. 11.

⁹⁴¹ Voir *supra* n° 100 et ss.

Analyse de risque juridique bancaire	
Analyse qualitative	Analyse quantitative
Description	Fréquence
Cas avérés	Moyenne du nombre total d'occurrences annuelles
Causes	Statistiques
Conséquences	Gravité
Contrôles	Coût annuel estimé
Stratégies/Propositions	Stratégies/Propositions

Tableau n° 4 : Grille d'analyse des risques juridiques

Comme nous l'avons déjà précisé, nous nous consacrons seulement à l'analyse qualitative des risques juridiques bancaires, l'analyse quantitative dépassant largement nos compétences. En effet, elle revient souvent aux équipes d'ingénieurs et économistes qui, en s'appuyant sur l'analyse qualitative et à l'aide d'outils de simulation mathématique pourront établir la fréquence annuelle, la gravité et le coût moyen annuel d'un risque.

Voyons maintenant les caractéristiques des obligations d'information, de mise en garde et de conseil du banquier, ainsi que les risques juridiques bancaires afférents.

Section I : L'obligation d'information du banquier envers ses clients

530. Analyse qualitative de l'obligation d'information en droits français et belge. Pour bien cerner la notion d'obligation d'information du banquier il faut d'abord commencer par présenter les conditions inhérentes à son existence et son exécution, en droit français et belge (§1), pour ensuite se consacrer à la mise en évidence des risques liés au défaut d'information du banquier envers ses clients (§2). Dans la logique de la gestion des risques, cette partie constitue une analyse qualitative, c'est-à-dire descriptive, dont la finalité est de comprendre les causes (ou défaillances) des risques, leurs effets (conséquences) et d'évaluer les contrôles (mesures) existants ou souhaitables afin de supprimer ou réduire les risques au niveau de chaque banque. En ce sens l'identification des événements redoutés est le point central de l'analyse de risque. Une fois identifiés, et en fonction de la complexité des risques et du chevauchement des défaillances, l'analyste pourra en mesurer les conséquences.

531. Réflexion préliminaire sur les risques attachés aux obligations d'information. En matière d'obligation d'information, il faut préciser que le risque juridique le plus fort ne vient pas des obligations imposées par la loi car, en dépit de leur multiplication, elles présentent l'avantage de pouvoir être respectées via l'instauration d'un formalisme de plus en plus strict, associé à une politique rigoureuse en matière d'administration et conservation de la preuve en matière bancaire. Par conséquent, le risque juridique est alimenté tout particulièrement par ce qu'on appelle le « forçage »⁹⁴² du contrat, c'est-à-dire par la reconnaissance prétorienne d'une obligation d'information en dehors de toute disposition législative spéciale, par l'incertitude qui résulte de l'appréciation subjective de la qualité profane ou avertie du client, par les revirements jurisprudentiel et les excès du législateur qui a multiplié sans cohérence les dispositions spéciales, instaurant de nombreuses obligations d'informations qui se superposent au détriment de la sécurité juridique.

D'où l'intérêt d'anticiper le raisonnement du juge. Ces réflexions faites, nous limiterons délibérément notre étude aux risques majeurs liés au non-respect des obligations qui ont un impact sur le consentement⁹⁴³. Mais, avant de voir les risques associés à cette amplification de l'obligation d'information au-delà de son cadre législatif initial, nous présenterons les principaux éléments de la théorie juridique en matière d'obligation d'information, dans une approche unitaire.

§1 Existence et exécution de l'obligation d'information du banquier

532. Contexte. L'expansion de l'obligation d'information dans le domaine des contrats bancaires est un fait incontestable, traduisant les « *exigences croissantes de transparence en droit positif* »⁹⁴⁴, sous l'impulsion de l'intervention législative et jurisprudentielle. La légitimité morale de son développement puise ses racines dans le besoin de remédier à l'inégalité contractuelle qui existe *de facto* entre le professionnel et le particulier dans un secteur d'activité dominé par la pratique des contrats d'adhésion. Sa légitimité économique est conférée par le besoin d'assurer la transparence du marché, qui est l'une des conditions essentielles du bon fonctionnement du marché. En outre, cette évolution s'inscrit dans une politique globale dont le but est d'accroître la confiance des consommateurs, dans le sens purement économique du terme, dans les services bancaires.

533. Annonce du plan. Dans ce paragraphe nous nous proposons de présenter les caractéristiques essentielles de l'obligation d'information qui la distinguent des obligations de mise en garde et de conseil (A), la diversité des obligations d'information en matière bancaire (B), les conditions d'existence de l'obligation d'information (C), les règles en matière de

⁹⁴² L. JOSSERAND a consacré l'expression, voir en ce sens « Le forçage du contrat » in *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény*, t. 2, Sirey, 1934, p. 340; L. LEVENEUR, « Le forçage du contrat » in *Que reste-t-il de l'intangibilité du contrat ?*, *Droit et patr.*, 1998, p. 69.

⁹⁴³ M. FABRE-MAGNAN, *De l'obligation d'information dans les contrats. Essai d'une théorie*, *op.cit.*, n° 281

⁹⁴⁴ Cour de Cassation, « Droit de savoir » in *Rapport annuel 2010*, p. 99.

preuve (D), le chevauchement des diverses obligations d'information (E) et les sanctions du défaut d'information du banquier envers son client personne physique (F).

A. Notion

534. Caractéristiques. L'obligation d'information *stricto-sensu*, désignée également sous le vocable d'obligation de renseignement, s'exécute par « *la transmission d'informations types et impersonnelles* »⁹⁴⁵, se caractérisant par la neutralité des informations données. Son objet est de porter à la connaissance du client certains éléments utiles et pertinents, de façon objective, neutre, exacte, sincère et complète en vue de lui donner la possibilité de s'engager en toute connaissance de cause. Ainsi, il ne suffit pas de transmettre une information, en remettant au client la documentation exigée par les textes pour respecter son obligation d'information. Le banquier doit également s'assurer de la qualité de cette information. L'information doit être claire, exacte et non trompeuse⁹⁴⁶ pour que l'on considère que la banque ait respecté son obligation d'information⁹⁴⁷. S'il est vrai que cette exigence n'est pas étrangère au droit commun des contrats⁹⁴⁸, étant déduite par voie d'interprétation, il convient de souligner qu'elle a été consacrée tout d'abord par le droit spécial.

535. Terminologie fluctuante. On peut toutefois déplorer l'utilisation des formules législatives fluctuantes qui démontrent, certes, la richesse du langage juridique français, sans pour autant apporter plus de précision. Ainsi, citons en ce sens les dispositions de l'article L 111-1 nouveau du Code de la consommation⁹⁴⁹ qui impose au professionnel de communiquer « *de manière lisible et compréhensible* » (alors que l'ancien L 111-2 du même code se contentait d'une information « *claire et non ambiguë* ») de l'article L 133-2 du Code de la consommation qui dispose que les clauses contractuelles « *doivent être présentées et rédigées de façon claire et compréhensible* » et enfin de l'article L 121-83 du même code⁹⁵⁰ qui exige que les informations soient délivrées de façon « *claire, détaillée et aisément accessible* ». Par ailleurs, l'article 5 de la directive 2011/83/UE relative aux droits des consommateurs vise des informations « *claires et compréhensibles* » pour tous les contrats conclus entre consommateurs et professionnels. En outre, des règles spéciales du droit bancaire et financier imposent la même obligation d'information, en lui conférant d'autres caractéristiques.

⁹⁴⁵ G. LOISEAU, « E-trading : quelles obligations à la charge de l'intermédiaire financier ? », *Comm. com. électr.*, 2014, n° 5, comm. 46.

⁹⁴⁶ Art. L533-12 du Code monétaire et financier reprend ces trois caractéristiques.

⁹⁴⁷ A titre d'exemple, la jurisprudence récente va dans le sens de la nouvelle réglementation applicable depuis le 1^{er} novembre 2007 qui a détaillé avec une extrême minutie l'obligation d'information pesant sur tous les prestataires de services d'investissement (PSI) tant du point de vue du fond que de la forme.

⁹⁴⁸ J. GHESTIN, G. LOISEAU et Y.-M. SERINET, *La formation du contrat*, t. 1 *Le contrat – Le consentement*, *op. cit.*, n° 1669. ; A. BENABENT, *Les obligations*, *op. cit.*, n° 86 ; F. TERRE, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit des obligations*, *op. cit.*, n° 233.

⁹⁴⁹ Tel qu'il a été modifié par la loi n° 2014-34 du 17 mars 2014, relative à la consommation, *JO* 18 mars 2014, p. 5400.

⁹⁵⁰ L'article a été modifié par l'ordonnance n°2011-1012 du 24 août 2011 et concerne les contrats souscrits par un consommateur avec un fournisseur de services de communications électroniques.

L'article L533-12 du Code monétaire et financier dispose notamment que « toutes les informations, y compris les communications à caractère promotionnel, adressées par un prestataire de services d'investissement à des clients, notamment des clients potentiels, présentent *un contenu exact, clair et non trompeur*. ». Par conséquent, aux termes du droit positif, l'information doit être lisible, compréhensible, claire, détaillée, aisément accessible, exacte et au contenu non trompeur. Il aurait été préférable, à nos yeux, que l'on harmonise la terminologie, en opérant un toilettage des articles qui imposent une obligation d'information au professionnel.

536. Objet précis. En tout cas, le banquier assujéti à une obligation d'information doit s'abstenir de donner une impulsion à agir ou ne pas agir et, de ce fait, il ne doit pas orienter la décision de son client.⁹⁵¹ Ne comportant aucun jugement de valeur, aucune orientation ou alerte, l'objet de cette obligation est plus restreint que celui du devoir de mise en garde et de conseil.

537. Périmètre d'application large. En revanche, le domaine d'application de l'obligation d'information est bien plus large, car elle présente une applicabilité quasi-généralisée. Elle « *consiste à transmettre une information dont le contenu est déterminé de manière objective et parfois, à rechercher cette information si celui qui doit la transmettre l'ignore. Le devoir d'information comporte donc deux prestations, l'une de nature intellectuelle (la recherche et/ou la détermination de l'information à transmettre), l'autre, purement matérielle (la transmission de l'information)* »⁹⁵².

538. Nature de l'obligation. Quant à sa nature, il est accepté par la majorité de la doctrine que l'hypostase intellectuelle (« recherche ») de l'obligation d'information est une obligation de moyen et que l'hypostase matérielle (« transmission ») représente une obligation de résultat⁹⁵³.

B. Typologie

Nous pouvons classifier l'obligation d'information en fonction de divers critères : le moment de son apparition, son impact et ses sources.

1. Obligations d'information précontractuelles et contractuelles

539. Critère chronologique. En fonction du critère chronologique, l'obligation d'information peut être précontractuelle (qui naît avant la conclusion du contrat et qui vise à éclairer le consentement) et contractuelle (qui naît après la conclusion du contrat, en se présentant comme un effet du contrat).

⁹⁵¹ R. SAVATIER, *Les contrats de conseil professionnel en droit privé*, op. cit, n° 10, p. 140.

⁹⁵² F. BOUCARD, *Les obligations d'information et de conseil du banquier*, op. cit, n° 5.

⁹⁵³ *Ibidem*.

540. Obligation d'information précontractuelle. Dans la doctrine française la définition proposée par Monsieur le Professeur Jacques Ghestin reste la référence en la matière. Ainsi, il considère que la partie « *qui connaissait, ou qui devait connaître, en raison spécialement de sa qualification professionnelle, un fait, dont elle savait l'importance déterminante pour l'autre contractant, est tenue d'en informer celui-ci, dès l'instant qu'il était dans l'impossibilité de se renseigner lui-même ou qu'il pouvait légitimement faire confiance à son cocontractant, en raison de la nature du contrat, de la qualité des parties, ou des informations inexactes que ce dernier lui avait fournies* »⁹⁵⁴.

Si la doctrine belge souscrit entièrement à cette définition⁹⁵⁵, elle ne limite pas cependant l'existence de cette obligation à la communication des informations qui ont une influence déterminante sur le consentement, mais l'étend aux informations qui « *sans nécessairement jouer un rôle déterminant pour le consentement, présentent une utilité en ce qu'elles permettent au contractant d'apprécier de façon correcte ses droits et obligations ou les caractéristiques du bien ou de service proposé* »⁹⁵⁶.

541. Obligation contractuelle. Une fois le contrat conclu, l'obligation d'information qui incombe au débiteur (banquier) est une obligation contractuelle qui consiste dans la transmission des informations à son contractant (client) pour lui permettre « *d'obtenir une pleine satisfaction de l'exécution du contrat* »⁹⁵⁷. En matière bancaire, les obligations d'informations contractuelles sont multiples et leurs sources variées. Par exemple, aux termes de l'article L 313-22 du Code monétaire et financier, le banquier est tenu « *au plus tard avant le 31 mars de chaque année de faire connaître à la caution le montant du principal et des intérêts, commissions, frais et accessoires restant à courir au 31 décembre de l'année précédente au titre de l'obligation bénéficiant de la caution, ainsi que le terme de cet engagement. Si l'engagement est à durée indéterminée, ils rappellent la faculté de révocation à tout moment et les conditions dans lesquelles celle-ci est exercée* ».

2. *Obligations d'information ayant une incidence sur le consentement ou sur l'exécution du contrat*

542. Critère fonctionnel. D'après le critère fonctionnel, proposé par Mme Fabre Magnan, les obligations d'informations peuvent avoir une incidence sur le consentement ou sur l'exécution du contractant.

⁹⁵⁴ J. GHESTIN, G. LOISEAU et Y.-M. SERINET, *La formation du contrat, t. 1 Le contrat –Le consentement*, op. cit., n° 1700. ; J. GHESTIN, "L'obligation précontractuelle de renseignement en droit français", in *Le contrat aujourd'hui : comparaisons franco-anglaises*, LGDJ, 1987, p. 182.

⁹⁵⁵ J.-F. ROMAIN, *Théorie critique du principe de bonne foi en droit privé*, op. cit., n° 376 et 377 ; M. COIPEL, *Eléments de théorie générale des contrats*, préface de P. VAN OMMESLAGHE, éd. Story Scientia, 1999, n° 47

⁹⁵⁶ M. COIPEL, op. cit., n° 47.

⁹⁵⁷ M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations*, op. cit., p. 497.

543. Obligations ayant une incidence sur le consentement. La première catégorie correspond « à toutes celles qui permettent d'assurer l'existence et l'intégrité du consentement d'un contractant, à tout moment de la vie d'un contrat »⁹⁵⁸. Leur finalité est de prévenir les vices du consentement, ayant ainsi un rôle préventif et entraînant l'application des règles en matière de responsabilité délictuelle.

544. Obligations ayant une incidence sur l'exécution du contrat. La deuxième catégorie se distingue de celle précédemment présentée, principalement par les conséquences de leur violation pour le créancier⁹⁵⁹ et représente des obligations contractuelles dont la violation sera sanctionnée sur le terrain de la responsabilité contractuelle.

545. Avantages de cette classification. Même si, en pratique, les juges appliquent la responsabilité contractuelle en matière du défaut d'information, sans distinguer selon la typologie de l'obligation, cette classification présente l'avantage de pouvoir éviter les difficultés de tracer une frontière entre les obligations d'information précontractuelles et contractuelles⁹⁶⁰.

3. Obligations d'information jurisprudentielles et légales

Même si, en raison des influences réciproques entre les interventions législatives et prétoriennes, cette classification ne peut plus justifier « une *summa divisio* de la matière »⁹⁶¹, nous rappelons que, d'une manière classique, on peut distinguer entre les obligations jurisprudentielles et les obligations légales.

546. Obligations jurisprudentielles. Les obligations imposées par le juge au banquier sur le fondement du principe de bonne foi (article 1134 alinéa 3 du Code civil) et des suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature (article 1135 du Code civil)⁹⁶² sont des obligations d'information de droit commun.

547. Obligations légales. En ce qui concerne les obligations légales d'information, celles-ci prennent appui sur des nombreuses dispositions de droit spécial (droit de la consommation, droit bancaire, droit des assurances) et elles sont d'une grande diversité. Ces textes jouent le plus souvent dans les rapports entre le banquier et ses clients – consommateurs de services et

⁹⁵⁸ M. FABRE-MAGNAN, *De l'obligation d'information dans les contrats. Essai d'une théorie*, op. cit., n° 287.

⁹⁵⁹ *idem*, n° 410.

⁹⁶⁰ Sur la difficulté de la distinction : J. GHESTIN, G. LOISEAU et Y.-M. SERINET, *La formation du contrat, t. 1 Le contrat – Le consentement*, op. cit., n° 1527 à 1535. ; TERRE, PH. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, op. cit., n° 259 ; Sur la nécessité de la distinction: J. GHESTIN, G. LOISEAU et Y.-M. SERINET, *idem*, n° 1536 à 1542.

⁹⁶¹ J. GHESTIN, G. LOISEAU et Y.-M. SERINET, *La formation du contrat, t. 1 Le contrat – Le consentement*, op. cit., n° 1512 : « Il resterait certes la possibilité de distinguer entre les obligations dont l'origine est plutôt légale ou plutôt jurisprudentielle, mais cela n'aurait qu'un intérêt historique, qui ne pourrait justifier une *summa divisio* de la matière ».

⁹⁶² Art. 1135 du Code civil : « les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature ».

produits bancaires. A titre d'exemple, l'article L. 311-6, I, du Code de la consommation impose au banquier dispensateur du crédit une obligation précontractuelle d'information : « *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* ».

Il convient de noter que de nombreuses dispositions visent l'ensemble de la clientèle particulière sans aucune distinction entre consommateurs et professionnels. C'est ainsi le cas de l'obligation d'information imposée par l'article L 312-1-1 du Code monétaire et financier qui prévoit que « *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*. ». Il en va de même des obligations légales d'information qui obligent à porter à la connaissance des clients les opérations de débit ou de crédit, du récapitulatif annuel des frais ou encore du plafonnement des frais bancaires en cas d'incidents de paiements.⁹⁶³

Si les obligations d'information découvertes par la jurisprudence en dehors de toute disposition législative enrichissent le droit commun des contrats, en se fondant sur des textes qui existent dans le Code civil, le législateur développe une vision sectorielle, ayant la tendance d'une part de multiplier les dispositions catégorielles et d'autre part de mettre en place un formalisme informatif extrêmement détaillé. C'est ce qui nous invite à distinguer les obligations d'information de droit commun et celles de droit spécial.

4. *Obligations d'information de droit commun et de droit spécial*

548. Critères de distinction. Tout d'abord, l'obligation d'information de droit commun se distingue des obligations issues de droit spécial car elle a été découverte par le juge en application des principes généraux du droit des contrats⁹⁶⁴.

En second lieu, les obligations d'information de droit spécial sont l'œuvre du législateur qui en détermine la portée, le régime et les sanctions, mais leur création a été inspirée par la jurisprudence de droit civil. En effet, elles représentent des solutions qui « *découleraient en tout état de cause de l'application des principes généraux du droit des contrats. Leur avantage est de faciliter la preuve et éventuellement d'imposer des sanctions qui ne sont pas spécifiques au droit commun* ». ⁹⁶⁵

⁹⁶³ Rép. Min. n° 1617, 30 août 2007 : JO Sénat Q 8 janv. 2009 ; RD bancaire et fin. 2009, comm. 81, note TH. SAMIN.

⁹⁶⁴ M. FABRE-MAGNAN, *De l'obligation d'information dans les contrats. Essai d'une théorie*, op. cit., n° 411.

⁹⁶⁵ *idem*, n° 396.

a) Obligation d'information de droit commun

I. L'état du droit positif

549. Caractéristiques de l'obligation d'information de droit commun en droits français et belge. Fondée sur la bonne foi et les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature, l'obligation d'information de droit commun est d'origine jurisprudentielle et intéresse aussi bien la formation que l'exécution du contrat. Nous avons fait le même constat en droit belge où cet instrument juridique a également été tout d'abord imposé par la jurisprudence, étant construit sur le même fondement qu'en droit français⁹⁶⁶.

L'obligation précontractuelle d'information joue un rôle préventif et a « *pour but d'éclairer les contractants et de faire en sorte que leur consentement soit exempt de tout vice* »⁹⁶⁷. Sa violation n'est pas sanctionnée de façon autonome, mais par le biais des vices du consentement, de la responsabilité délictuelle, voire de la garantie des vices cachés ou de la garantie d'éviction⁹⁶⁸. Le dommage subi par le client, créancier d'un véritable droit de savoir, est d'avoir donné un consentement qui ne correspond pas à son intérêt. Quant aux obligations ayant une incidence sur l'exécution du contrat, il faut souligner leur caractère accessoire : n'étant pas préconisées par les parties, elles sont « *créées et imposées par le juge dans certaines circonstances* »⁹⁶⁹. Les deux catégories représentent des instruments juridiques de rééquilibrage et de correction des imperfections qui peuvent surgir soit lors de la conclusion soit lors de l'exécution d'un contrat. Néanmoins, nous allons privilégier dans notre exposé l'obligation d'information précontractuelle, en raison de ses spécificités, des influences réciproques entre le droit commun et les droits spéciaux en la matière et de son utilité dans l'étude des risques juridiques.

550. Consécration biaisée. La principale difficulté de l'analyse de l'obligation d'information ayant un impact sur le consentement réside dans le fait que la jurisprudence, dans son effort d'adaptation du droit civil, a usé de beaucoup de finesse dans l'interprétation des notions suffisamment larges prévues par le Code civil, au détriment de la prédictibilité en matière de responsabilité pour défaut d'information. La création prétorienne a fini par consacrer cette

⁹⁶⁶ En droit bancaire belge, l'obligation d'information a été tout d'abord imposée par la jurisprudence. Construite sur le même fondement qu'en droit français (la bonne foi), elle est limitée à la qualité de la partie. voir : A. WILLEMS, « Conditions générales bancaires (quelques observations en début de millénaire) » in *Les conditions générales bancaires*, Bruylant, Bruxelles, 2005, n°7, p. 20 : « La cour d'appel de Gand a rappelé que le dispensateur de crédit n'est pas tenu – ni en vertu de la loi, ni en vertu de ses obligations professionnelles – à l'égard du demandeur de crédit à un devoir général d'information lorsque le contrat est usuel et client averti. » ; Gand, 11 avril 1997, *R.D.C.*, 1998, p. 832 obs. J.-P. BUYLE et M. DELIERNEUX ; M. VANWIJCK-ALEXANDRE, P. WERY (dir.), *Le processus de formation du contrat*, éd. Larcier, Commission Université-Palais, Université de Liège, 09/2004, vol. 72, p. 343, qui cite Cass., 1^{er} oct. 1976, *Pas.*, 1977, I, 133 « Avant la naissance de tout contrat, il importe que la partie que l'on pourrait qualifier de « dominante » donne à son futur contractant toutes les informations utiles à une prise de décision en connaissance de cause. Agir autrement enfreindrait la bonne foi ».

⁹⁶⁷ M. FABRE-MAGNAN, *De l'obligation d'information dans les contrats. Essai d'une théorie*, op. cit., n° 288.

⁹⁶⁸ *Idem*, n° 339 et n° 401 ; F. TERRE, PH. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, op.cit., n° 261.

⁹⁶⁹ M. FABRE-MAGNAN, *idem*, n° 413.

obligation d'une manière biaisée en la rattachant « à des notions voisines quoique pourtant distinctes »⁹⁷⁰, comme celles des vices du consentement, garantie des vices cachés, etc. Ainsi, à ce jour, le Code civil « n'ouvre à celui qui n'aurait pas contracté en pleine connaissance de cause et librement que les remèdes curatifs de l'annulation pour vice du consentement. Or, les développements récents du droit de la consommation ont montré, en marge du Code civil, que d'autres formes de protection permettaient, par une voie préventive, d'assurer d'une manière souvent plus efficace la même fonction de protection. »⁹⁷¹.

551. Obligation d'information et silence dolosif. Il existe une connexion très forte entre la réticence dolosive et l'obligation d'information. L'existence d'une obligation d'information précontractuelle d'information en faveur de la caution « est souvent sanctionnée sous couvert d'un dol admis aujourd'hui avec une facilité toujours plus grande. L'élargissement contemporain du domaine du dol de l'article 1116 du Code civil, à la faveur de l'abandon de l'exigence de manœuvres positives du contractant au profit de l'admission du simple mensonge puis de la seule réticence⁹⁷² ne fait en effet que traduire la sanction d'une indiscutable obligation précontractuelle d'information en droit des obligations⁹⁷³. Par conséquent, c'est de la nécessité d'admission d'un dol par simple réticence que les juristes ont déduit l'existence d'une obligation d'informer loyalement le cocontractant. L'interconnexion entre les deux notions est encore plus évidente si l'on songe au fait que seul ce devoir de renseigner permettait la sanction du silence sur la base de l'article 1116 du Code civil indépendamment de toute manœuvre.

552. Superposition des qualifications. Par ailleurs, un autre aspect symptomatique de l'état du droit positif réside dans le fait que, le plus souvent, la jurisprudence française se livre à une superposition des qualifications, en associant l'obligation d'information, à la réticence dolosive et au manquement à la bonne foi. C'est ainsi que la Cour de cassation a énoncé que « manque à son obligation de contracter de bonne foi et commet ainsi un dol par réticence, la banque, qui sachant que la situation de son débiteur est irrémédiablement compromise ou à tout le moins lourdement obérée, omet de porter cette information à la connaissance de la caution afin d'inciter celle-ci à s'engager »⁹⁷⁴. Dans ces circonstances, on peut considérer soit que la mauvaise foi est un synonyme de dol, certains auteurs affirmant que « le dol, tout le monde semble-t-il, s'accorde sur ce point, c'est la fraude (...) que l'on parle de fraude ou de mauvaise foi importe peu »⁹⁷⁵, soit que la mauvaise foi est un élément constitutif du dol⁹⁷⁶.

553. Caractère limité. L'obligation précontractuelle d'information de droit commun ne bénéficie pas encore du statut d'obligation générale, même si la doctrine débat de la question

⁹⁷⁰ *Ibidem*.

⁹⁷¹ Voir Y. LEQUETTE, G. LOISEAU, Y.-M. SERINET, « Validité du contrat – consentement (art. 1108 à 1115-1) » in P. CATALA (dir.), *Avant-projet de réforme du droit des obligations*, *op.cit.*

⁹⁷² Sur cette évolution, F. TERRE, PH. SIMPLER et Y. LEQUETTE, *Les obligations*, *op.cit.*, n° 232 et 233.

⁹⁷³ *idem*, n° 232, 233.

⁹⁷⁴ Cass. 1^{ère} civ., 10 mai 1989, *JCP* 1989, n° 21363, obs. D. LEGEAIS.

⁹⁷⁵ G. BRIERE DE L'ISLE, *La faute dolosive*, D. 1980, chron. p. 137.

⁹⁷⁶ Voir B. JALUZOT, *op. cit.*, p. 377.

depuis longtemps⁹⁷⁷. En effet, en l'absence d'une modification du Code civil en la matière, les juges n'ont pas les pouvoirs nécessaires pour consacrer une obligation d'information de droit commun d'application générale. Ainsi, l'une de ses spécificités réside dans son caractère limité⁹⁷⁸, car elle concerne seulement les parties qui sont dans l'impossibilité de se renseigner elles-mêmes ou qui peuvent « *légitimement faire confiance à son cocontractant, en raison de la nature du contrat, de la qualité des parties, ou des informations inexactes* »⁹⁷⁹ reçues.

554. Régime juridique contraignant et restrictif. L'obligation d'information repose sur l'inégalité d'information des parties contractantes et, donc, par comparaison avec celle instaurée par le droit de la consommation, elle présente un régime juridique plus contraignant et plus restrictif. Ainsi, en droit commun, il n'existe ni présomption irréfragable de connaissance à l'égard du professionnel, ni une présomption irréfragable d'ignorance en faveur des non-professionnels. Ainsi, il est d'usage d'affirmer que l'obligation d'information de droit civil a « *pour corollaire l'obligation de se renseigner* »⁹⁸⁰ pour les deux contractants. Or, l'obligation d'information précontractuelle instaurée par le droit de la consommation profite à tous les consommateurs qui bénéficient d'une véritable présomption irréfragable d'ignorance légitime et le juge n'a pas à chercher si le consommateur aurait pu connaître l'information qu'il n'a pas reçue.

Dans le droit bancaire français et belge, l'application de l'obligation précontractuelle d'information d'origine prétorienne dépend, en effet, de la qualité de chaque client. En appliquant le critère de l'ignorance légitime consacré par la jurisprudence, les clients du banquier peuvent être classés en deux grandes catégories : les clients profanes ou néophytes et les clients initiés ou avertis. Les premiers peuvent en profiter, alors que les initiés sont exclus de ce mécanisme de protection du consentement fondé sur le droit commun des contrats⁹⁸¹.

⁹⁷⁷ M. FABRE-MAGNAN, *De l'obligation d'information dans les contrats. Essai d'une théorie*, op. cit., n° 339 et n° 404.

⁹⁷⁸ En France : Cour de Cassation, *Rapport annuel*, 2010 ; J. GHESTIN, *Traité de droit civil, Formation du contrat*, op. cit., n° 508, p. 566 ; En Belgique : E. VAN DEN HAUTE, M. DREESEN, « Chronique de droit bancaire privé: Les opérations de banque (2007-2010) » in *Forum financier / Droit bancaire et financier* 2011/I 59 cite un arrêt de la CA Mons, 20 mai 2008, dans lequel la cour rappelle que l'obligation d'information « est relative dans le sens où chaque partie doit déterminer l'information qui lui est nécessaire pour contracter en connaissance de cause, le rôle du juge étant limité à un pouvoir d'appréciation marginal à l'aune du critère du banquier normalement prudent et diligent placé dans les mêmes circonstances. » ; Gand, 11 avril 1997, *R.D.C.*, 1998, p. 832 observations BUYLE et DELIERNEUX : la banque n'est pas tenue à l'égard du demandeur de crédit à un devoir général d'information lorsque le contrat est usuel et le client averti.

⁹⁷⁹ J. GHESTIN, G. LOISEAU et Y.-M. SERINET, op. cit., n° 1700.

⁹⁸⁰ M. COIPEL, op. cit., n° 47.

⁹⁸¹ Pour la jurisprudence belge, voir E. VAN DEN HAUTE, M. DREESEN, « Chronique de droit bancaire privé: Les opérations de banque (2007-2010) » in *Forum financier / Droit bancaire et financier* 2011/I 51, Larquier qui cite un arrêt de la CA Bruxelles 10 octobre 2006, RW 2008-09, p. 673 : « Concernant l'obligation précontractuelle d'information, on retrouve la sévérité précitée dans plusieurs décisions. La Cour d'appel de Bruxelles rejette ainsi une action en responsabilité précontractuelle dirigée par les investisseurs contre la banque, après avoir constaté que cette dernière s'était renseignée quant aux objectifs des investisseurs et avait pris connaissance de leur expérience » ; CA Bruxelles 30 août 2006, RW 2008-09, p. 416 : « la Cour d'appel de Bruxelles avait, dans l'appréciation de l'obligation d'information précontractuelle, pris en compte le fait que le client s'était fait assister par un membre de sa famille lequel avait suffisamment d'expérience compte tenu de la nature et des risques de l'instrument financier ».

Pour savoir si un client est profane ou pas, les juges du fond doivent rechercher si le client peut être considéré averti⁹⁸² en raison de ses compétences et son expérience ou si le client, en apparence averti, par suite des circonstances exceptionnelles, pouvait ignorer l'information⁹⁸³. Le résultat de l'appréciation des juges n'est pas toujours prévisible pour le banquier et peut être une source du risque juridique.

Lorsqu'on analyse l'obligation d'information de droit commun du banquier, il faut inclure dans la catégorie des créanciers ceux qui sont légitimement ignorants. A première vue, on pourrait exclure de cette catégorie tout professionnel et toute caution dirigeante, en les considérant d'emblée comme avertis. Mais, les choses ne sont pas aussi simples⁹⁸⁴. La jurisprudence prend le soin d'apprécier *in concreto* le caractère profane ou averti du client. Ainsi, « un dirigeant fondamentalement incompetent, voire même simplement néophyte pour intervenir dans un domaine qui n'est pas manifestement le sien ne peut être raisonnablement considéré comme averti »⁹⁸⁵. De surcroît, « la présomption de compétence du dirigeant caution n'est qu'une présomption simple »⁹⁸⁶ pouvant être renversée par la preuve de

concerné, pour rejeter l'action en responsabilité. » ; X. DIEUX et Y. STEMPNIERWKY, « La responsabilité civile des intermédiaires de produits dérivés » in *Produits dérivés*, Cahiers A.E.D.B.F., Bruylant, Bruxelles, 1999, p. 43 : « l'obligation d'information cesse là où le créancier d'information n'en a en réalité nul besoin parce qu'il a déjà connaissance de la teneur de l'opération qu'il envisage et des risques qu'elle comporte, parce qu'il est en d'autres termes, un investisseur averti » ; E. VAN DEN HAUTE, M. DREESSEN, « Chronique de droit bancaire privé: Les opérations de banque (2007-2010) » in *Forum financier / Droit bancaire et financier* 2011/I 59 cite un arrêt de la CA de Mons, 15 avril 2009, JLMB 2009, p. 1864 dans lequel la cour a décidé « qu'en application de l'art. 877 du Code judiciaire, le juge saisi d'une action en recouvrement forcé de crédit dénoncé, peut ordonner au banquier dispensateur de crédits de déposer au dossier de la procédure des rapports internes d'analyse de crédit de nature à vérifier le respect des obligations d'information, de renseignement, de conseil ou de mise en garde et que le fait d'ordonner une telle mesure d'instruction ne constitue ni une atteinte au "secret des affaires" qui ne concerne que la protection du client du banquier, ni une violation de l'art. 8 de la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales » ; En matière de crédit : CA Liège 8 février 2005, RDC 2007, p. 64 : « la Cour d'appel de considère ainsi que la responsabilité de la banque peut, certes, être engagée si celle-ci a octroyé à son client inexpérimenté un crédit manifestement déraisonnable, mais le crédit – auquel la cour assimile le gérant de la société – qui possède une connaissance parfaite de sa situation financière ne saurait reprocher à la banque de lui avoir octroyé un crédit nonobstant sa situation financière difficile » ; dans le même sens CA Bruxelles 17 décembre 2008, JLMB 2009, p. 1850 : « la cour se rallie à la jurisprudence selon laquelle une erreur commise sur les chances de succès d'une entreprise à qui un banquier octroie ou maintient un crédit ne constitue pas nécessairement une faute pour autant que les risques pris n'étaient pas déraisonnables » ; CA Gand 8 avril 2009, RABG 2009, p. 1027 « décide que le non-commerçant ne peut lui-même reprocher à la banque de lui avoir consenti un crédit dès lors qu'il connaît mieux que quiconque sa capacité de remboursement et ses possibilités en termes de liquidités » ; CA Mons 20 mai 2008, RDC 2010, p. 131, note J.-P. BUYLE et M. DELIERNEUX, "Information et conseil en matière de crédit".

⁹⁸² Cass. 1^{re} civ. 27 juin 2006, *Bull. civ.* I n° 331, *D.* 2006, AJ 1887, obs. DELPSCH.

⁹⁸³ Cass. com. 11 mai 1999, *Bull. civ.* IV, n° 95, *RTD com.* 1999. 733, obs. M. CABRILLAC.

⁹⁸⁴ Un débat similaire existe dans le droit de la consommation ; il y a des auteurs qui militent pour une conception stricte du consommateur : J. CALAIS-AULOY, F. STEINMETS, *Droit de la consommation*, Dalloz, Précis, 6^e éd, 2003, n° 13) et une conception large (TH. BOURGOIGNE, *Eléments pour une théorie du droit de la consommation*, *op. cit.*, n° 19 ; CHAZAL, « Le consommateur existe-t-il ? », *D.* 1997, chron. 260.

⁹⁸⁵ R. ROUTIER, *op. cit.*, n° 331.12.

⁹⁸⁶ *Ibidem* ; Quelques arrêts récents remettent en question la présomption de compétence du dirigeant caution en exigeant du créancier la preuve d'une compétence particulière de la caution : Cass. com. 27 nov. 2012, n° 11-25.967, *Gaz. Pal.* 12-13 déc. 2012, p. 13, obs. C. ALBIGES ; 12 mars 2013, n° 12-12.372, *JCP* 2013. 585, n° 6, obs. P. SIMLER.

circonstances exceptionnelles montrant que la caution n'avait pas conscience de la portée de son engagement⁹⁸⁷. En revanche, il est de jurisprudence constante que la caution qui n'a ni la qualité d'associé de la société qu'elle garantit, ni celle de conjoint collaborateur, est présumée profane, même si elle est intéressée par les fruits de l'entreprise en raison de sa qualité de conjoint du chef d'entreprise, dès lors qu'elle ne s'implique dans la vie de l'entreprise⁹⁸⁸.

555. Influence réciproque du droit commun et du droit spécial. Par ailleurs, il est utile de souligner que, s'agissant de l'obligation d'information précontractuelle, nous pouvons déceler une influence réciproque du droit commun et du droit spécial. Ainsi, dans un premier temps, le droit commun a été une source d'inspiration pour le droit de la consommation, qui, à son tour, a inspiré le droit civil. Si la première phase de cette évolution n'a rien d'étonnant, la deuxième phase se vérifie lorsqu'on analyse les projets de réforme du droit des contrats en France et les projets d'harmonisation européenne du droit des contrats.

II. Les projets de réforme du droit français des contrats

556. Projets de réforme et introduction d'une obligation d'information précontractuelle dans le Code civil. Ayant pris conscience des lacunes et inconvénients en matière d'obligation de renseignement, les divers projets de réforme du droit français des contrats ont opté pour l'affirmation d'une obligation précontractuelle d'information, s'inspirant ainsi des instruments de protection de consentement introduits par le droit de la consommation.

Dès 2005, l'Avant-projet de réforme du droit des obligations, connu aussi sous le nom du « projet Catala », propose d'instaurer une obligation de renseignement dans le Code civil dans la partie qui traite de l'intégrité du consentement⁹⁸⁹. En ce sens, il prévoit deux nouveaux articles, 1110 et respectivement 1110-1, consacrant l'obligation précontractuelle de renseignement, qui devrait avoir une fonction préventive, s'inspirant du droit de la consommation⁹⁹⁰. Citons en ce sens les justifications énoncées par les professeurs Yves

⁹⁸⁷ C'est le cas d'une caution âgée de vingt-trois ans ayant été cogérante de la société débitrice pendant le congé maternité d'une gérante qu'elle a remplacé, et ayant démissionné de ses fonctions trois jours après la souscription du cautionnement, Cass. com. 5 févr. 2013, n° 11-26.262, *RD banc. fin.* 2013. Comm. 52, obs. D. LEGEAIS ; *adde*, dans le même sens, 13 nov. 2012, n° 11-24.178, *JCP* 2013. 585, n° 6, obs. P. SIMLER.

⁹⁸⁸ Cass. com. 2 oct. 2012, n° 11-28.331, *D.* 2012. 2380, obs. V. AVENA-ROBARDET ; *RTD com.* 2013. 122, obs. D. LEGEAIS ; *RLDC* nov. 2012. 31, obs. G. MARRAUD DES GROTTES.

⁹⁸⁹ P. CATALA (dir.), *Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, Doc. fr., 2006

⁹⁹⁰ *ibidem* : « Art. 1110 : Celui des contractants qui connaît ou aurait dû connaître une information dont il sait l'importance déterminante pour l'autre a l'obligation de le renseigner.

Cette obligation de renseignement n'existe cependant qu'en faveur de celui qui a été dans l'impossibilité de se renseigner par lui-même ou qui a légitimement pu faire confiance à son cocontractant, en raison, notamment, de la nature du contrat, ou de la qualité des parties.

Il incombe à celui qui se prétend créancier d'une obligation de renseignement de prouver que l'autre partie connaissait ou aurait dû connaître l'information en cause, à charge pour le détenteur de celle-ci de se libérer en prouvant qu'il avait satisfait à son obligation.

Seront considérées comme pertinentes les informations qui présentent un lien direct et nécessaire avec l'objet ou la cause du contrat.

Art. 1110-1 : Le manquement à une obligation de renseignement, sans intention de tromper, engage la responsabilité de celui qui en était tenu. »

Lequette, Grégoire Loiseau et Yves-Marie Serinet : il « est apparu nécessaire de donner un cadre général à ces notions qui permette de dépasser, selon les cas, la diversité de leurs sources (jurisprudentielle ou légale) et l'éclatement de leurs régimes. En fixer le sens et les principaux caractères dans le droit commun des obligations du Code civil redonne à celui-ci ses pleines cohérence et dimension tout en créant un point d'ancrage vers les droits spéciaux plus techniques, notamment le droit de la consommation. Refaire du Code civil un Code pilote serait aussi une manière de répondre à la critique qui veut que la réglementation générale des contrats ait perdu sa vigueur et sa capacité créatrice au profit du droit de la consommation qui, plus nouvellement codifié, incarnerait le droit vivant... ».⁹⁹¹

Ultérieurement, les deux autres projets de réforme ont également proposé l'introduction d'une obligation d'information autonome : qu'il s'agisse de l'article 50 du projet conçu par le ministère de la Justice en 2008⁹⁹² ou de l'article 33 du projet élaboré sous l'égide de l'Académie des sciences morales et politiques en 2009⁹⁹³.

Les trois projets, tout comme les propositions de modification du groupe de travail réuni sous la direction de M. Jacques Ghestin⁹⁹⁴, malgré les variantes de formulation, s'accordent sur l'utilité et l'opportunité de la consécration d'une obligation d'information précontractuelle dans le droit civil des contrats⁹⁹⁵.

⁹⁹¹ Y. LEQUETTE, G. LOISEAU, Y.-M. SERINET, « Validité du contrat- consentement » in *Avant-projet de réforme du droit des obligations, op.cit.*

⁹⁹² Projet de réforme du droit des contrats, juillet 2008, art. 50 : « celui des contractants qui connaît ou est en situation de connaître une information dont l'importance est déterminante pour le consentement de l'autre doit l'en informer dès lors que, légitimement, ce dernier peut ignorer cette information ou faire confiance à son cocontractant. Sont déterminantes les informations qui ont un lien direct et nécessaire avec le contenu du contrat ou la qualité des parties.

Le contractant qui se prévaut de l'inexécution d'une obligation d'information doit prouver que l'autre partie connaissait ou était en situation de connaître cette information, sauf pour celle-ci à prouver qu'elle les ignorait elle-même ou qu'elle a satisfait à son obligation. Tout manquement à cette obligation d'information engage la responsabilité civile délictuelle de celui qui en était tenu, sans préjudice, en cas de vice du consentement, de la nullité de contrat. »

⁹⁹³ F. TERRE (dir.), *Pour une réforme du droit des contrats*, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2009, art. 33 : « la partie qui connaît ou devrait connaître une information dont elle sait le caractère déterminant pour l'autre partie doit la renseigner, lorsque l'ignorance de celle-ci est légitime.

L'ignorance d'une partie est légitime lorsqu'elle est dans l'impossibilité de s'informer ou lorsqu'elle fait raisonnablement confiance à son cocontractant, du fait notamment de la nature du contrat ou de la qualité des parties.

Il incombe à celui qui prétend qu'une information lui était due de prouver que l'autre partie la lui devait, à charge pour cette autre partie de prouver qu'elle l'a fournie. »

⁹⁹⁴ J. GHESTIN (dir.), « Observations sur le projet de réforme du droit des contrats », *LPA*, 2009, n° 31, p. 42 et s.

⁹⁹⁵ Le 27 novembre 2013 le Ministère de la Justice a présenté un projet de loi habilitant le Gouvernement à prendre par ordonnance des mesures relatives à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures. Il concerne entre autres la réforme du droit des obligations et notamment l'introduction d'un devoir d'information précontractuel : Voir Cons. min., 27 nov. 2013 ; Sénat, Projet de loi n° 175, 27 nov. 2013, art. 3 intitulé : « Modification de la structure et du contenu du Livre III du Code civil afin de moderniser la lisibilité, de renforcer l'accessibilité du droit commun des contrats, du régime des obligations et du droit de la preuve, de garantir la sécurité juridique et l'efficacité de la norme » : « L'article 3 de la présente loi vise à mettre en œuvre la réforme du droit des obligations portant sur le droit des contrats, les quasi-contrats, le régime et la preuve des obligations. (...) »

557. Notre position. Nous considérons à notre tour que la modification du Code civil s'impose au nom de la sécurité juridique, étant nécessaire d'adapter le droit commun des contrats aux évolutions récentes des différents droits spéciaux et pour confirmer la juste évolution de la jurisprudence civile en matière de protection d'intégrité de consentement. De surcroît, il faut avouer que les raisons d'opérer une telle adaptation du Code civil dépassent largement le périmètre de notre étude qui se concentre uniquement sur les risques bancaires. Il s'agit en effet, à une plus grande échelle, de renforcer la compétitivité économique du pays, de soutenir par ailleurs les petites et moyennes entreprises qui représentent la colonne vertébrale de toute économie du marché. Or la complexité du droit des contrats, qui ne se comprend plus seulement à la lumière des articles du Code civil, mais surtout à la lumière des dispositions spéciales complétées par une jurisprudence parfois imprévisible et fluctuante, représente une barrière économique. En effet, il convient de souligner qu'il est difficile pour les acteurs économiques de comprendre l'étendue de leurs obligations en matière d'information qui fait l'objet d'un chevauchement des dispositions légales et prétoriennes sans précédent. Dans ce contexte, le principe du « *nemo legem ignorare censetur* » est, à ce jour, largement dépourvu du sens. Une telle modification apporterait ainsi plus de lisibilité, plus de protection pour les parties contractantes, ainsi que plus de facilité dans la gestion des risques juridiques de toute entreprise, petite, moyenne ou grande, tout en étant en parfaite cohérence avec le droit européen et le bon fonctionnement du marché.

Cette réforme fait notamment suite aux nombreux travaux académiques publiés sur le sujet, en particulier l'avant-projet publié en 2005 par le groupe de travail animé par le professeur Pierre CATALA, et les propositions formulées par l'Académie des sciences morales et politiques dans le cadre du groupe constitué sous l'égide du professeur François TERRÉ. Elle tient compte également des observations émises par les différents acteurs économiques et judiciaires à l'occasion de la diffusion de ces travaux, ainsi que des projets d'harmonisation du droit européen et international des contrats et du droit comparé. (...) Cet article a pour objet de modifier la structure et le contenu du livre III du code civil, plus précisément des titres III (« Des conventions ou des obligations conventionnelles en général ») et IV (« Des engagements qui se forment sans convention ») et IV bis (« De la responsabilité du fait des produits défectueux »). (...) Seront ensuite modernisées conformément au 2°, les règles relatives à la validité du contrat. Un article introductif rappellera les trois seules conditions désormais nécessaires : le consentement des parties, leur capacité de contracter et l'existence d'un contenu licite et certain. Il est proposé de ne plus faire appel à la notion de « cause » mais de préciser les différentes fonctions régulatrices ou correctrices jusqu'à présent assignées à cette notion par la jurisprudence. Les règles relatives au devoir d'information précontractuel, aux vices du consentement, à la capacité et à la représentation seront ajoutées. (...) ». Cependant, le Sénat a adopté un amendement visant à supprimer l'article 3 du texte initial, invalidant ainsi le recours à l'ordonnance pour la réforme des contrats. ; Sur le sujet, voir : D. MAZEAUD, « Droit des contrats : réforme à l'horizon ! », *D.* 2014, chron., 291.

558. Consécration de l'obligation d'information précontractuelle dans les projets européens d'harmonisation du droit des contrats. Les projets d'harmonisation européenne du droit des contrats s'inspirent largement de la protection du consentement instaurée par le droit de la consommation. Toujours est-il que la question n'est pas tranchée de la même manière par toutes ces initiatives. Ainsi, l'article 4:106 des *Principes du droit européen du contrat*, élaboré sous la direction de M. Landö, porte sur la sanction des informations inexactes, consacrant seulement implicitement l'obligation de délivrer une information exacte. Il laisse, du moins en théorie, la porte ouverte à des comportements opportunistes qui pourraient se retrancher derrière l'impossibilité de vérifier la teneur exacte des informations⁹⁹⁶. En revanche, l'article 7 du projet de Code européen des contrats, élaboré sous l'égide de M. Gandolfi, prévoit une véritable obligation d'information précontractuelle, au contenu large : « *au cours des tractations, chacune des parties a le devoir d'informer l'autre sur chaque circonstance de fait ou de droit dont elle a connaissance ou dont elle doit avoir connaissance et qui permet à l'autre de se rendre compte de la validité du contrat et de l'intérêt de le conclure.* »⁹⁹⁷

559. Terminologie. S'agissant de la terminologie, nous soulignons que les textes européens privilégient le terme de « devoir », probablement parce qu'il est moins fort que celui d'obligation et, donc, plus adapté à ce genre d'entreprise, impliquant des compromis qui conviennent aux représentants de différentes cultures juridiques. C'est le cas du Code européen des contrats, déjà mentionné, mais également du projet de cadre commun de référence (DCFR)⁹⁹⁸ et des principes du groupe Acquis communautaire⁹⁹⁹. Concernant le

⁹⁹⁶ *Principes du droit européen du contrat*, SLC, vol. 2, 2003, art. 4:106: « Information inexacte: La partie qui s'est engagée sur le fondement d'une information inexacte donnée par l'autre partie peut obtenir des dommages et intérêts conformément aux alinéas (2) et (3) de l'art. 4:117, alors même que l'information n'a pas occasionné une erreur fondamentale au sens de l'art. 4:103, à moins que la partie qui a donné l'information n'ait eu des raisons de croire que l'information était exacte ».

⁹⁹⁷ Académie des privatistes européens, Code européen des contrats, Avant-projet, G. GANDOLFI (dir.), Milan, 2004.

⁹⁹⁸ C. VON BAR, E. CLIVE et al., *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, prepared by the Study Group on a European Civil Code and the Research Group of Private Law (Acquis Groupe), full edition, 6 vol., Sellier, European Law Publishers, Munich, 2009, Book II, Chapter 3: Marketing and Pre-Contractual Duties, Section 1: Information Duties; art. II.-3:101: "Duty to disclose information about goods, other assets and services:

(1) Before the conclusion of a contract for the supply of goods, other assets or services by a business to another person, the business has a duty to disclose to the other person such information concerning the goods, other assets or services to be supplied as the other person can reasonably expect, taking into account the standards of quality and performance which would be normal under the circumstances.

(2) In assessing what information the other person can reasonably expect to be disclosed, the test to be applied, if the other person is also a business, is whether the failure to provide the information would deviate from good commercial practice." ; Voir également la traduction française des trois premiers livres par J. GHESTIN, *RDC 2010*, p. 213.

⁹⁹⁹ Research Group on the Existing EC Private Law (Acquis Groupe), *Principles of Existing EC Contract Law (Acquis Principles)*, Contract II, General Provisions, delivery of Goods, Package travel and Payment

contenu de l'obligation d'information, celui-ci est calqué sur le modèle fourni par le droit de la consommation, ce qui montre en effet, la tendance européenne à l'égard du droit des contrats.

b) Les obligations d'information de droit spécial

560. Obligations d'information en droit spécial. Etant donné que la protection du consentement par le droit des contrats a été considérée inadaptée à la célérité imposée par la nouvelle société de consommation, le législateur a conçu des obligations légales d'information visant à la prévention des vices du consentement.

En ce qui concerne les obligations d'information de droit spécial qui incombent au banquier à l'égard de son client, il faut souligner qu'elles trouvent leurs sources dans des dispositions de droit de la consommation (I) et de droit bancaire proprement-dit (II)¹⁰⁰⁰.

I. *Obligation d'information due aux consommateurs*

561. Information précontractuelle due aux consommateurs. Le législateur a consacré dans le Code de la consommation une obligation précontractuelle d'information générale sur les caractéristiques essentielles des biens et des services pour tous les contrats passés entre les professionnels et consommateurs¹⁰⁰¹. L'article L111-1 nouveau du Code de la

Services, ed. Sellier, European Law Publishers, art 2 : 202 : « where a business is marketing goods or services to a consumer, the business must, with due regard to the limitations of the communication medium employed, provide such material information as the average consumer can reasonably expect in the given context for a decision on any steps to take towards concluding a contract for those goods or services. ».

¹⁰⁰⁰ Pas seulement : P.-G., MARLY, « L'obligation d'information des intermédiaires d'assurance », *RLDC*, 2006, n° 30, pp. 14-19.

¹⁰⁰¹ Voir en ce sens en France: art. L 111-1 à L 111-7 du Code de la consommation.

En droit belge, Voir la loi du 21 décembre 2013 portant insertion du titre VI « Pratiques du marché et protection du marché » dans le Code de droit économique et portant insertion des définitions propres au livre VI et des dispositions d'application de la loi propre au livre VI, dans les livres I^{er} et XV du Code de droit économique, *MB*, 11 décembre 2013. Par conséquent l'obligation générale d'information du professionnel à l'égard de tout consommateur est désormais prévue par le nouvel art. VI. 2. du Code de droit économique : « Avant que le consommateur ne soit lié par un contrat autre qu'un contrat à distance ou hors établissement, ou par un contrat visé à l'article VI. 66, l'entreprise fournit au consommateur les informations suivantes, d'une manière claire et compréhensible, pour autant qu'elles ne ressortent pas du contexte:

1° les principales caractéristiques du produit, dans la mesure appropriée au moyen de communication utilisé et au produit concerné;

2° l'identité de l'entreprise, notamment son numéro d'entreprise, sa raison sociale, l'adresse géographique de son établissement et son numéro de téléphone;

3° le prix total du produit toutes taxes comprises, et tous les services à payer obligatoirement en supplément par le consommateur, ou, lorsque le prix ne peut raisonnablement être calculé à l'avance du fait de la nature du produit, le mode de calcul du prix et, le cas échéant, tous les frais supplémentaires de

consommation¹⁰⁰² impose à tous les professionnels, vendeurs et prestataires des services, de communiquer certaines informations aux consommateurs, de manière lisible et compréhensible, avant la conclusion du contrat. S'agissant d'une nouvelle rédaction issue de la loi « Hamon » qui transpose en droit français la directive européenne n° 2011/83 relative au droit des consommateurs¹⁰⁰³, ces dispositions seront applicables à tous les contrats conclus après le 13 juin 2014.

Par ailleurs, le droit de la consommation instaure également des obligations d'informations spéciales en matière de crédit à la consommation¹⁰⁰⁴, de crédit immobilier¹⁰⁰⁵, taux

transport, de livraison ou d'affranchissement ou, lorsque ces frais ne peuvent raisonnablement être calculés à l'avance, la mention que ces frais peuvent être exigibles;

4° le cas échéant, les modalités de paiement, de livraison et d'exécution, la date à laquelle l'entreprise s'engage à livrer le produit et les modalités prévues par l'entreprise pour le traitement des réclamations;

5° outre le rappel de l'existence d'une garantie légale de conformité pour les biens, l'existence d'un service après-vente et de garanties commerciales, le cas échéant, ainsi que les conditions y afférentes;

6° le cas échéant, la durée du contrat, ou, s'il s'agit d'un contrat à durée indéterminée ou à reconduction automatique, les conditions de résiliation du contrat;

7° le cas échéant, les conditions de vente compte tenu du besoin d'information exprimé par le consommateur et compte tenu de l'usage déclaré par le consommateur ou raisonnablement prévisible;

8° le cas échéant, les fonctionnalités du contenu numérique, y compris les mesures de protection technique applicables;

9° le cas échéant, toute interopérabilité pertinente du contenu numérique avec certains matériels ou logiciels et autres services dont l'entreprise a ou devrait raisonnablement avoir connaissance. ».

Voir aussi la loi du 28 février 2013 introduisant le Code de droit économique, *M.B.*, 29 mars 2013.

¹⁰⁰² Art. L 111-1 du Code de la consommation : « Avant que le consommateur ne soit lié par un contrat de vente de biens ou de fourniture de services, le professionnel communique au consommateur, de manière lisible et compréhensible, les informations suivantes :

1° Les caractéristiques essentielles du bien ou du service, compte tenu du support de communication utilisé et du bien ou service concerné ;

2° Le prix du bien ou du service, en application des articles L. 113-3 et L. 113-3-1 ;

3° En l'absence d'exécution immédiate du contrat, la date ou le délai auquel le professionnel s'engage à livrer le bien ou à exécuter le service ;

4° Les informations relatives à son identité, à ses coordonnées postales, téléphoniques et électroniques et à ses activités, pour autant qu'elles ne ressortent pas du contexte, ainsi que, s'il y a lieu, celles relatives aux garanties légales, aux fonctionnalités du contenu numérique et, le cas échéant, à son interopérabilité, à l'existence et aux modalités de mise en œuvre des garanties et aux autres conditions contractuelles. La liste et le contenu précis de ces informations sont fixés par décret en Conseil d'Etat.

Le présent article s'applique également aux contrats portant sur la fourniture d'eau, de gaz ou d'électricité, lorsqu'ils ne sont pas conditionnés dans un volume délimité ou en quantité déterminée, ainsi que de chauffage urbain et de contenu numérique non fourni sur un support matériel. Ces contrats font également référence à la nécessité d'une consommation sobre et respectueuse de la préservation de l'environnement. ».

¹⁰⁰³ Directive n° 2011/83/UE du Parlement européen et du Conseil, 25 oct. 2011, *JOUE*, 22 nov. 2011, L 304-64.

¹⁰⁰⁴ Voir art. L 311-6 I 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 ».

¹⁰⁰⁵ Art. L312-7 du Code de la consommation : « Pour les prêts mentionnés à l'art. L. 312-2, le prêteur est tenu de formuler par écrit une offre adressée gratuitement par voie postale à l'emprunteur éventuel ainsi qu'aux cautions déclarées par l'emprunteur lorsqu'il s'agit de personnes physiques. » ; art. L312-8 du même code prévoit que : « L'offre définie à l'art. précédent :

1° Mentionne l'identité des parties, et éventuellement des cautions déclarées ;

d'intérêt¹⁰⁰⁶, publicité¹⁰⁰⁷ ou cautionnement¹⁰⁰⁸ qui incombent au banquier en tant que professionnel. A titre d'exemple, soulignons qu'en matière de crédit à la consommation, le client doit être convenablement informé sur le contrat de crédit qu'il se propose de conclure. En application de l'article L. 311-6, I, « *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* ». Le non-respect de cette disposition est sanctionné par la déchéance du droit aux intérêts, sanction sans doute efficace, d'autant plus qu'elle est complétée par une amende administrative de 1 500 euros prévue par l'article L 311-49 du Code de la consommation. Si la conclusion d'un contrat de crédit a lieu sur le lieu de vente ou au moyen d'une technique de communication à distance, une fiche d'informations distincte de la fiche mentionnée à l'article L. 311-6 du Code de la consommation doit être remise par le prêteur ou l'intermédiaire de crédit au client. Aux termes de l'article L 311-10 nouveau¹⁰⁰⁹ du même code, cette fiche, « *établie par écrit ou sur un autre support durable, comporte notamment les éléments relatifs aux ressources et charges de l'emprunteur ainsi que, le cas échéant, aux prêts en cours contractés par ce dernier. Ladite fiche est signée ou son contenu confirmé par voie électronique par l'emprunteur et contribue à l'évaluation de sa solvabilité par le prêteur. Les informations figurant dans la fiche doivent faire l'objet d'une déclaration certifiant sur l'honneur leur exactitude. Cette fiche est conservée par le prêteur pendant toute la durée du*

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 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'art. 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'art. 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'art. L. 312-10.

Toute modification des conditions d'obtention d'un prêt dont le taux d'intérêt est fixe, notamment le montant ou le taux du crédit, donne lieu à la remise à l'emprunteur d'une nouvelle offre préalable. ».

¹⁰⁰⁶ Art. L313-1 du Code de la consommation détermine le taux effectif global et l'art. L313-2 dispose que « Le taux effectif global déterminé comme il est dit à l'art. L. 313-1 doit être mentionné dans tout écrit constatant un contrat de prêt régi par la présente section. ».

¹⁰⁰⁷ Voir notamment art. L 311-4 du Code de la consommation pour la publicité en matière de crédit ; Art. L121-8 à l'art. L121-15-4 du Code de la consommation.

¹⁰⁰⁸ Art. L313-7 à L313-10-1 du Code de la consommation.

¹⁰⁰⁹ Tel qu'il a été modifié par la loi du 17 mars 2014 relative à la consommation, précitée.

*prêt. Si le montant du crédit accordé est supérieur à un seuil défini par décret, la fiche doit être corroborée par des pièces justificatives dont la liste est définie par décret ».*¹⁰¹⁰

562. Harmonisation de l'obligation d'information en droit européen. Il est à noter que la directive 2011/83/UE relative aux droits des consommateurs¹⁰¹¹ harmonise les «*informations précontractuelles, quel que soit le contrat conclu, les règles applicables aux contrats de consommation conclus à distance et celles applicables aux contrats conclus en dehors des établissements commerciaux, ce qui en droit interne correspond principalement aux contrats conclus à la suite d'un démarchage.* »¹⁰¹²».

Notre attention est notamment retenue par l'article 5 de la directive qui a le mérite d'introduire pour la première fois une obligation précontractuelle commune à tous les contrats de vente et de services conclus entre professionnels et consommateurs sur les lieux de vente, en rompant ainsi avec l'approche sectorielle à laquelle les institutions européennes nous avaient habitués. Ainsi, selon cette disposition :

« 1. Avant que le consommateur ne soit lié par un contrat autre qu'un contrat à distance ou hors établissement, ou par une offre du même type, le professionnel fournit au consommateur les informations suivantes, d'une manière claire et compréhensible, pour autant qu'elles ne ressortent pas du contexte:

a) les principales caractéristiques du bien ou du service, dans la mesure appropriée au support de communication utilisé et au bien ou service concerné;

b) l'identité du professionnel, par exemple sa raison sociale, l'adresse géographique de son établissement et son numéro de téléphone;

c) le prix total du bien ou du service toutes taxes comprises ou, lorsque le prix ne peut raisonnablement être calculé à l'avance du fait de la nature du bien ou du service, le mode de calcul du prix et, s'il y a lieu, tous les frais supplémentaires de transport, de livraison ou d'affranchissement ou, lorsque ces frais ne peuvent raisonnablement être calculés à l'avance, la mention que ces frais peuvent être exigibles;

d) le cas échéant, les modalités de paiement, de livraison et d'exécution, la date à laquelle le professionnel s'engage à livrer les biens ou à exécuter le service et les modalités prévues par le professionnel pour le traitement des réclamations;

e) outre le rappel de l'existence d'une garantie légale de conformité pour les biens, l'existence d'un service après-vente et de garanties commerciales, le cas échéant, ainsi que les conditions afférentes;

¹⁰¹⁰ S. PIEDELIÈVRE, « La réforme du crédit à la consommation », D. 2010, p. 1952.

¹⁰¹¹ Directive 2011/83/UE du 25 octobre 2011 précitée.

¹⁰¹² N. SAUPHANOR-BROUILLAUD, E. POILLOT, C. AUBERT DE VINCELLES, G. BRUNAU, *Les contrats de consommation - Règles communes, op.cit.*, n° 104.

f) la durée du contrat, s'il y a lieu, ou, s'il s'agit d'un contrat à durée indéterminée ou à reconduction automatique, les conditions de résiliation du contrat;

g) s'il y a lieu, les fonctionnalités du contenu numérique, y compris les mesures de protection technique applicables;

h) s'il y a lieu, toute interopérabilité pertinente du contenu numérique avec certains matériels ou logiciels dont le professionnel a ou devrait raisonnablement avoir connaissance.

2. Le paragraphe 1 s'applique également aux contrats portant sur la fourniture d'eau, de gaz ou d'électricité lorsqu'ils ne sont pas conditionnés dans un volume délimité ou en quantité déterminée, ainsi que de chauffage urbain et de contenu numérique non fourni sur un support matériel.

3. Les Etats membres ne sont pas tenus d'appliquer le paragraphe 1 aux contrats qui portent sur des transactions intéressant la vie quotidienne et qui sont exécutées dès leur conclusion.

4. Les Etats membres peuvent maintenir ou adopter des exigences supplémentaires en matière d'information précontractuelle pour les contrats auxquels s'applique le présent article. ».

Quant aux obligations d'information propres aux contrats à distance et hors établissement, prévues par les articles 6, 7 et 8 de ladite directive, elles comportent de nombreuses mentions obligatoires, relatives aux caractéristiques de la prestation fournie, au professionnel et au prix.

563. Transposition de la directive 2011/83/UE. Cette directive a été transposée en France par la loi du 17 mars 2014 relative à la consommation, dite loi « Hamon »¹⁰¹³ et en Belgique par la loi du 21 décembre 2013 portant insertion du titre VI « Pratiques du marché et protection du consommateur » dans le Code de droit économique¹⁰¹⁴. Concernant strictement l'information avant la conclusion du contrat, il convient de noter que « *notre droit interne connaissait une obligation générale d'information beaucoup moins détaillée que les huit*

¹⁰¹³ Voir en ce sens G. LOISEAU, « Les contrats du commerce électronique dans la loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation », *Comm. com. électr.*, 2014, n° 4, comm. 36 ; C. AUBERT DE VINCELLES et N. SAUPHANOR-BROUILLAUD, « Loi du 17 mars 2014 relative à la consommation. Nouvelles mesures protectrices du consommateur », *D.* 2014, chr. 879 ; N. FERRIER et A.-C. MARTIN, « Loi relative à la consommation en faveur des consommateurs ... et de certains professionnels », *JCP G* 2014, 376 ; « Présentation de la loi du 17 mars 2014 relative à la consommation », colloque du 28 mars 2014, sous la dir. de N. RZEPECKI et J. LASSERRE CAPDEVILLE, Université de Strasbourg, *Gaz. Pal.* 2104, nos 110 à 114 ; Ph. SCHULTZ, « Les mesures renforçant la protection des consommateurs dans les contrats de consommation en général », *Gaz. Pal.* 2104, nos 110 à 114, pp. 11 et ss. ; Projet de loi relatif à la consommation NOR : EFIX1307316L/Bleue-1, Etude d'impact, 30 avril 2013.

¹⁰¹⁴ Cette loi ne se contente pas de reprendre telle quelle la loi du 6 avril 2010 relatives aux pratiques du marché et à la protection du consommateur, mais elle adapte la réglementation belge au droit européen et notamment à la directive 2011/83. Ce tout récent Code, créé en février 2013, sera enrichi au fur et à mesure, devant, à terme, comprendre 17 livres traitant chacun d'un thème différent.

catégories d'informations figurant dans le texte européen »¹⁰¹⁵. La loi Hamon a complété l'article L.111-1 du Code de la consommation par des nouvelles mentions, a modifié le contenu de l'article L.111-2 et a complété l'article L.113-3 par un nouvel article L.113- 3-1. Cependant, les informations exigées par la directive « *avaient été fidèlement transcrites par l'avant-projet de loi, puis réduites, lors des navettes entre la DGCCRF et la direction des affaires civiles et du sceau, une partie d'entre elles devant, comme l'indiquait le projet de loi, faire l'objet d'un décret* »¹⁰¹⁶. En effet, le texte européen exige, au-delà de l'information sur les principales caractéristiques du bien ou du service, des nouvelles mentions obligatoires, telles que : l'identité du professionnel, les modalités de paiement, de livraison ou d'exécution, conditions des garanties légales et commerciales et service après-vente, durée du contrat et fonctionnalités du numérique.

564. Impact en matière bancaire. Même si la directive 2011/83 exclut de son champ d'application les contrats portant sur des services financiers, c'est-à-dire sur « *tout service ayant trait à la banque, au crédit, à l'assurance, aux pensions individuelles, aux investissements et aux paiements* »¹⁰¹⁷, la loi du 17 mars 2014 relative à la consommation, qui met en conformité le droit national avec le texte européen, contient des dispositions ayant une incidence sur les relations bancaires¹⁰¹⁸. En ce qui concerne la protection du consentement, il convient de souligner que les obligations d'information des banques sont notamment impactées en matière de contrats à distance et de contrats hors établissement. En effet, la directive étant d'harmonisation maximale, le droit français a unifié les régimes du démarchage et de la vente à distance dans une seule section intitulée « Contrats conclus à distance et hors établissement ». Le législateur privilégie ainsi « *une détermination générique à partir du mode particulier de conclusion de l'opération, à savoir sa réalisation à distance.*¹⁰¹⁹ ». En plus de la nouvelle définition de ces conventions, « *plus restrictive pour le contrat à distance et plus large pour le contrat hors établissement que l'ancienne* »¹⁰²⁰, cette

¹⁰¹⁵ C. AUBERT DE VINCELLES et N. SAUPHANOR-BROUILLAUD, « Loi du 17 mars 2014 relative à la consommation. Nouvelles mesures protectrices du consommateur », *op. cit.*,

¹⁰¹⁶ *ibidem*.

¹⁰¹⁷ Art. 2, point 12 de la directive 2011/83/UE du 25 octobre 2011, précitée.

¹⁰¹⁸ G. LOISEAU, « Les contrats du commerce électronique dans la loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation », *op. cit.* ; N. MATHEY et J. WERNER, « La loi relative à la consommation. Aspects de droit bancaire », *RD bancaire et finan.* 2014, n° 2, étude 6 : il s'agit notamment de l'introduction de l'action de groupe en droit français, l'encouragement à la mobilité bancaire, la suppression de l'hypothèque rechargeable, le renforcement de la protection de l'emprunteur en matière de crédit à la consommation, et tout particulièrement en ce qui concerne le crédit renouvelable, la réforme de l'assurance emprunteur, le renforcement des sanctions administratives et pénales en cas de manquement aux dispositions légales de protection des consommateurs.

¹⁰¹⁹ G. LOISEAU, « Les contrats du commerce électronique dans la loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation », *op. cit.*

¹⁰²⁰ N. FERRIER et A.-C. MARTIN, « Loi relative à la consommation en faveur des consommateurs ...et de certains professionnels », *op. cit.* ; Au sens de l'art. L 121-16 nouveau du Code de la consommation, sont considérés comme :

« 1° "Contrat à distance " tout contrat conclu entre un professionnel et un consommateur, dans le cadre d'un système organisé de vente ou de prestation de services à distance, sans la présence physique simultanée du professionnel et du consommateur, par le recours exclusif à une ou plusieurs techniques de communication à distance jusqu'à la conclusion du contrat ;

2° " Contrat hors établissement " tout contrat conclu entre un professionnel et un consommateur :

section contient des obligations d'information précontractuelles à la fois générales (art. L 121-17 du Code de la consommation) et particulières pour chaque sous-ensemble¹⁰²¹. Ce nouveau dispositif législatif s'applique en principe à « *tout contrat dont le genre commun est le mode de conclusion*¹⁰²² » à distance ou hors établissement, à l'exception de certains contrats, comme ceux portant sur les services financiers¹⁰²³. Ces derniers sont encadrés dans une section différente, regroupant les articles L. 121-26 à 121-33 nouveaux du Code de la consommation. Aux termes de l'article L 121-27 nouveau du même code, le consommateur des services financiers doit recevoir de manière « *lisible et compréhensible* », « *en temps utile et avant qu'il ne soit lié par un contrat* » des informations dont le caractère commercial est sans équivoque, portant sur : l'identité et les coordonnées du professionnel, les produits, instruments et services financiers proposés, le droit de rétractation, les conditions contractuelles, notamment tarifaires, et les modalités ainsi que le lieu de conclusion du contrat, la loi applicable au contrat et la juridiction compétente. Les nouvelles dispositions qui sont d'ordre public et s'appliquent seulement à la première convention de service, même si elle est suivie d'opérations successives ou d'une série d'opérations distinctes, de même nature, échelonnées dans le temps, pourvu qu'elles interviennent dans un intervalle de temps suffisamment court, soit moins d'un an. Dans le même esprit, il est prévu que « *pour les contrats renouvelables par tacite reconduction, les dispositions de la présente section ne s'appliquent qu'au contrat initial* »¹⁰²⁴.

565. Absence de définition légale du consommateur d'opérations bancaires. Il est utile de souligner qu'à ce jour l'expression de « consommateur d'opérations bancaires » ne correspond pas à une notion juridique consacrée, ni à une nouvelle catégorie de consommateurs formellement reconnue. Il existe néanmoins une définition du « consommateur - emprunteur » introduite dans le droit français par l'article L 311-1-A du Code de la consommation, suite à l'adoption de la loi n°2010-737 du 1^{er} juillet 2010 portant réforme du crédit à la consommation. Il s'agit de la seule définition du consommateur qui existe actuellement en droit interne français. Le consommateur emprunteur est « *toute*

a) Dans un lieu qui n'est pas celui où le professionnel exerce son activité en permanence ou de manière habituelle, en la présence physique simultanée des parties, y compris à la suite d'une sollicitation ou d'une offre faite par le consommateur ;

b) Ou dans le lieu où le professionnel exerce son activité en permanence ou de manière habituelle ou au moyen d'une technique de communication à distance, immédiatement après que le consommateur a été sollicité personnellement et individuellement dans un lieu différent de celui où le professionnel exerce en permanence ou de manière habituelle son activité et où les parties étaient, physiquement et simultanément, présentes ;

c) Ou pendant une excursion organisée par le professionnel ayant pour but ou pour effet de promouvoir et de vendre des biens ou des services au consommateur ;

3° " Support durable " tout instrument permettant au consommateur ou au professionnel de stocker des informations qui lui sont adressées personnellement afin de pouvoir s'y reporter ultérieurement pendant un laps de temps adapté aux fins auxquelles les informations sont destinées et qui permet la reproduction à l'identique des informations stockées. »

¹⁰²¹ Art. L 121-18 et L 121-19 du Code de la consommation.

¹⁰²² G. LOISEAU, « Les contrats du commerce électronique dans la loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation », *op. cit.*

¹⁰²³ Art. L. 121-16-1 nouveau du Code de la consommation.

¹⁰²⁴ Art. L 121-26-1 du Code de la consommation.

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 ». Mais, l'incidence du droit de la consommation dans le domaine bancaire ne se limite pas aux contrats de crédit à la consommation. Le Code de la consommation comporte également des dispositions relatives aux contrats de crédit immobilier¹⁰²⁵, au prêt viager hypothécaire¹⁰²⁶, aux cautions personnes physiques¹⁰²⁷, aux contrats portant sur des services financiers¹⁰²⁸ et aux clauses abusives¹⁰²⁹ qui ont vocation à s'appliquer dans tous les contrats conclus entre professionnels et non-professionnels ou consommateurs. Puisque le consommateur bancaire n'est pas défini en tant que tel, alors qu'il se présente comme un critère d'application de dispositions du Code de la consommation, il revient aux juges d'apprécier la qualité de chaque client. Ainsi, sur le fondement du droit commun des contrats, les clients seront le plus probablement divisés en deux grandes catégories, les profanes et les avertis, alors qu'en se fondant sur les dispositions du droit de la consommation les clients se répartissent en consommateurs et non-professionnels.

566. Portrait du consommateur bancaire. Il est difficile de dresser une typologie de la clientèle particulière du banquier car, elle inclut des catégories qui semblent échapper, du moins en partie, à la qualification de consommateur. Il s'agit notamment des épargnants et des investisseurs, qui, du point de vue économique, ne peuvent pas être assimilés aux consommateurs, car « *chez les économistes la consommation est à la fois un acte d'achèvement et une destruction d'utilité* »¹⁰³⁰. Pourtant, le droit européen a fini par assimiler l'investisseur qui contracte à distance avec le consommateur¹⁰³¹, en raison des circonstances de la conclusion du contrat, des risques inhérents à ce type d'opérations et de la volonté d'assurer le bon fonctionnement du marché intérieur. Par ailleurs, en droit français, il a été jugé qu'un client qui a souscrit un plan d'épargne en actions bénéficie d'une obligation d'information en application de l'article L 111-1 du Code de la consommation¹⁰³². C'est la confirmation d'une forte tendance consumériste de source européenne qui impacte implicitement le droit bancaire et financier, français et belge¹⁰³³.

Par conséquent, le portrait du consommateur bancaire n'est fixé ni par le législateur européen, ni par le législateur français. Ceci implique une réelle difficulté dans la systématisation des dispositions applicables en matière de protection de consentement des clients qui relèvent à la

¹⁰²⁵ Art. L 312-1 et s. du Code de la consommation.

¹⁰²⁶ L. 314-1 et s. du Code de la consommation.

¹⁰²⁷ Art. L 341-1 et ss. du Code de la consommation.

¹⁰²⁸ Art. L 212-20-8 à L 121-20-7 du Code de la consommation.

¹⁰²⁹ Art. L 132-1 du Code de la consommation.

¹⁰³⁰ N. SAUPHANOR-BROUILLAUD, E. POILLOT, C. AUBERT DE VINCELLE, G. BRUNAUX, *Les contrats de consommation - Règles communes, op. cit.*, n° 100; Le terme de destruction d'utilité appartient au Jean Baptiste Say.

¹⁰³¹ La directive 2002/65/CE du 23 septembre 2002 relative à la commercialisation à distance de services financiers auprès des consommateurs ; en droit interne voir art. L. 121-26 à 121-33 nouveaux du Code de la consommation ; SAUPHANOR-BROUILLAUD, N. « La protection de l'investisseur par les législations spéciales : quels critères ? », *RD bancaire et finan.* 2010, n° 6, pp. 52 -58.

¹⁰³² Cass. 1^{re} civ., 8 oct. 2009, n° 08-14.405, JurisData n° 2009-049819.

¹⁰³³ L. DABIN, *Régime juridique des marchés financiers et des valeurs mobilières*, 2^e éd, Larcier, 2011, p. 104, n° 34.

fois du droit commun, du droit de la consommation et, en outre, des dispositions des contrats spéciaux prévues par la réglementation bancaire proprement-dite. Or, il serait utile de déterminer ou au moins de faciliter la détermination des cas dans lesquels un client bancaire peut être qualifié de consommateur, dès lors que cela implique l'application d'un régime de protection spéciale.

567. Introduction de la définition européenne du consommateur en droit français¹⁰³⁴. Pour identifier les bénéficiaires de l'obligation précontractuelle d'information issue du droit de la consommation, nous rappelons que le droit français de la consommation « *comporte enfin une définition du consommateur, calquée sur le droit européen* »¹⁰³⁵. La transposition de la directive 2011/83/UE a exigé un effort de refonte législative, du fait de son objet et de sa méthode d'harmonisation totale, son objectif étant de créer « *un cadre réglementaire unique, fondé sur des concepts juridiques clairement définis* »¹⁰³⁶. Le consommateur européen est défini comme étant « *toute personne physique qui, dans les contrats relevant de la présente directive, agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale* »¹⁰³⁷. Le texte européen précise qu'« *en cas de contrats à double finalité, lorsque le contrat est conclu à des fins qui n'entrent qu'en partie dans le cadre de l'activité professionnelle de l'intéressé et lorsque la finalité professionnelle est si limitée qu'elle n'est pas prédominante dans le contexte global du contrat, cette personne devrait également être considéré comme un consommateur* ».

La loi « Hamon » a introduit la même définition du consommateur dans un article préliminaire du code de la consommation¹⁰³⁸, mettant le droit français en concordance tant avec la jurisprudence communautaire¹⁰³⁹ et nationale¹⁰⁴⁰, qu'avec de nombreuses directives européennes antérieures¹⁰⁴¹ et à venir, répondant ainsi aux attentes d'une grande partie de la

¹⁰³⁴ Avant la transposition de la directive, en France il n'y avait qu'une définition sectorielle du consommateur emprunteur, introduite par la loi Lagarde de 2010. Le droit belge, en revanche, péchait par excès en matière de définitions du consommateur : voir en ce sens ; P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, Bruylant, Bruxelles, 2010, pp. 214-216 ; En Belgique, à ce jour, la définition du consommateur est donnée par l'article I, 1, 2° du Code de droit économique, inséré par la loi du 7 novembre 2013, entré en vigueur le 12 décembre 2013 : « Article I. 1. Sauf disposition contraire prévue au titre 2, pour l'application du présent Code, on entend par : (...)

2° consommateur : toute personne physique qui agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale ».

¹⁰³⁵ C. AUBERT DE VINCELLES et N. SAUPHANOR-BROUILLAUD, « Loi du 17 mars 2014 relative à la consommation. Nouvelles mesures protectrices du consommateur », *op. cit.*

¹⁰³⁶ Directive 2011/83/UE du 25 octobre 2011, relative aux droits des consommateurs, consid. 9.

¹⁰³⁷ Art. 2 de la directive 2011/83/UE, précitée.

¹⁰³⁸ Art. préliminaire du Code de la consommation, créé par la loi n°2014-344 du 17 mars 2014 (art. 3) : « Au sens du présent code, est considérée comme un consommateur toute personne physique qui agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale ».

¹⁰³⁹ CJCE, 22 novembre 2001, aff. C-541/99 et C-542/99 qui a jugé que la notion de consommateur visée par la directive n° 93/13/CE doit être interprétée en ce sens qu'elle vise exclusivement des personnes physiques.

¹⁰⁴⁰ Cass. 1^{re} civ. 15 mars 2005, 02-13285 qui reprend la définition restrictive du consommateur donnée par le droit européen, visant exclusivement la personne physique n'agissant pas à des fins professionnelles ; Cass. civ., 2 avril 2009, 08-11231.

¹⁰⁴¹ Art. 2 de la directive n°93/13/CE relative aux clauses abusives: « Consommateur : toute personne physique qui, dans les contrats relevant de la présente directive, agit à des fins qui n'entrent pas dans le

doctrine¹⁰⁴². De manière générale, cette clarification terminologique « *permet de gagner en sécurité juridique* », même si le législateur français n'a ni réglé le cas des contrats à double finalité, ni défini le concept de « non-professionnel ». Il a opté, en revanche, pour étendre le bénéfice de nouvelles mesures protectrices propres aux contrats hors établissement à certaines catégories de professionnels. Ainsi, aux termes de l'article L 121-16-2, III nouveau du Code de la consommation, les dispositions relatives aux obligations d'information, au droit de rétractation et aux sanctions administratives applicables en matière de contrats conclus hors établissement sont étendues au profit d'un professionnel « *dès lors que l'objet de ces contrats n'entre pas dans le champ de l'activité principale du professionnel sollicité et que le nombre de salariés employés par celui-ci est inférieur ou égal à cinq* »¹⁰⁴³.

Si cette définition n'est pas en soi une innovation, elle a le mérite d'imposer un concept juridique clair qui facilite la compréhension des relations contractuelles établies entre professionnels et consommateurs, y compris lorsqu'il s'agit des relations bancaires. A titre de première indication, rappelons que l'application de nombreuses dispositions qui intéressent le domaine bancaire est en effet conditionnée par le concept du « consommateur ». Il s'agit notamment des articles L. 311-1 à L.311-52 du Code de la consommation relatifs au crédit à la consommation, de l'article L. 132-1 du même code concernant les clauses abusives ou encore des articles L. 120-1 à L.121-7 relatifs aux pratiques commerciales déloyales et trompeuses.

568. Nécessité de systématiser la notion du consommateur bancaire. Pour systématiser le concept du consommateur en droit bancaire, nous proposons qu'il soit considéré comme étant toute personne physique qui agit principalement à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale, à l'exception de l'épargnant et de l'investisseur qui resteront assujettis principalement à un statut protecteur spécial, aux termes de la loi, sans les exclure pour autant du bénéfice de certaines dispositions légales de protection propres au droit de la consommation. Par conséquent, nous considérons qu'il serait utile pour la sécurité juridique et pour la meilleure gestion des risques juridiques des établissements de crédit d'introduire une définition sectorielle du consommateur bancaire, sur le modèle de la définition du consommateur emprunteur, introduite dans le Code de la consommation par la « loi Lagarde » de 2010.

cadre de son activité professionnelle » ; Art. 1 de la directive n°1999/44/CE relative à la garantie des biens de consommation : « Consommateur : toute personne physique qui, dans les contrats relevant de la présente directive, agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité professionnelle et commerciale » ; Art. 2 de la directive n°2005/29/CE relative aux pratiques commerciales déloyales : « Consommateur : toute personne physique qui, pour les pratiques commerciales relevant de la présente directive, agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale, artisanale, industrielle ou libérale » ; Art. 3 de la directive n°2008/48/CE relative au crédit à la consommation : « Consommateur : toute personne physique qui, pour les transactions régies par la présente directive, agit dans un but étranger à son activité commerciale ou professionnelle ».

¹⁰⁴² J. CALAIS-AULOY, *Propositions pour un nouveau droit de la consommation*, Doc. Fr., 1985 ; N.

SAUPHANOR-BROUILLARDBROUILLAUD, E. POILLOT, C. AUBERT DE VINCELLES et G. BRUNAUX, *Les contrats de consommation - Règles communes*, J. GHESTIN (dir.), *Traité de droit civil*, LGDJ, 2013, n° 157 et ss.

¹⁰⁴³ Art. L 121-16-2, III nouveau du Code de la consommation

Cette démarche, à l'instar de celle d'introduire une définition générale du consommateur, n'est pas de nature à limiter le périmètre d'application du Code de la consommation. Ainsi, il convient de rappeler que « le législateur, à chaque fois qu'il l'a estimé nécessaire a étendu le bénéfice de ses dispositions de protection à d'autres catégories de personnes : du non-professionnel qui définit une personne morale qui n'agit pas à des fins professionnelles, à certains professionnels (les « petits professionnels » dans le cas de la fourniture d'énergie), voire même à tous les professionnels dans le cas des pratiques commerciales trompeuses »¹⁰⁴⁴. En outre, il est notoire qu'« il est également possible de ne protéger que certains intérêts professionnels : à titre d'exemple, on peut citer une personne physique souscrivant, à la suite d'un démarchage, un contrat dont l'objet n'a pas de rapport direct avec son activité professionnelle. »¹⁰⁴⁵.

II. Obligations d'informations spéciales dues aux clients bancaires

569. Diversité des dispositions instaurant une obligation d'information spéciale en droit bancaire et financier. Le droit bancaire et financier, au-delà des informations de droit commun et de droit de la consommation, prévoit à son tour une série de dispositions légales, précontractuelle et contractuelles, dont la finalité est d'améliorer l'information de la clientèle. Sans aucune prétention d'exhaustivité, nous rappelons en ce sens les obligations d'information du banquier sur les conditions générales et tarifaires applicables aux opérations relatives à la gestion d'un compte de dépôt¹⁰⁴⁶, les obligations d'information annuelles à l'égard des cautions personnes physiques¹⁰⁴⁷, les obligations d'information pour les opérations de paiement ne relevant pas d'une convention de compte de dépôt¹⁰⁴⁸ ou dans un contrat cadre de services de paiement¹⁰⁴⁹, les obligations d'information après l'exécution de l'opération de paiement¹⁰⁵⁰, etc. De surcroît, l'information des investisseurs est strictement réglementée¹⁰⁵¹, ainsi que le démarchage¹⁰⁵². En matière d'opérations sur valeurs mobilières, le banquier est astreint à une obligation d'information *stricto sensu* en présence d'un

¹⁰⁴⁴ Projet de loi relatif à la consommation NOR : EFIX1307316L/Bleue-1, Etude d'impact, 30 avril 2013, pp. 134-135.

¹⁰⁴⁵ *Ibidem*.

¹⁰⁴⁶ Art. L 312-1-1 du Code monétaire et financier : « I.-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. ».

¹⁰⁴⁷ Art. L 313-22 du Code monétaire et financier.

¹⁰⁴⁸ Art. L 314-8 du Code monétaire et financier.

¹⁰⁴⁹ Art. L 314-12 du Code monétaire et financier.

¹⁰⁵⁰ Art. L 314-14 du Code monétaire et financier.

¹⁰⁵¹ Art. L214-23 et Art. L214-23-1 du Code monétaire et financier : « L'Autorité des marchés financiers définit les conditions dans lesquelles les organismes de placement collectif en valeurs mobilières doivent informer leurs souscripteurs et peuvent faire l'objet de publicité, en particulier audiovisuelle, ou de démarchage. ».

¹⁰⁵² Art. L341-11 du Code monétaire et financier « les démarcheurs communiquent à la personne démarchée, d'une manière claire et compréhensible, les informations qui lui sont utiles pour prendre sa décision. ».

investissement non spéculatif¹⁰⁵³. L'édifice informationnel est complété par l'instauration des règles de bonne conduite qui impliquent également des obligations d'information des clients en diverses matières (démarchage¹⁰⁵⁴, intermédiation en opérations de banque et en services de paiement¹⁰⁵⁵, prestation de services d'investissement¹⁰⁵⁶, etc.). Citons, à titre d'exemple, l'article L533-12 du Code monétaire et financier qui prévoit que : « *toutes les informations, y compris les communications à caractère promotionnel, adressées par un prestataire de services d'investissement à des clients, notamment des clients potentiels, présentent un contenu exact, clair et non trompeur.* ». Les prestataires de services d'investissement doivent communiquer à leurs clients « *les informations leur 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.* »

570. Superposition des dispositions. Nous constatons que le développement de l'obligation d'information du banquier à l'égard de sa clientèle prend appui à la fois sur des dispositions de droit civil à partir desquelles la création prétorienne a révélé l'obligation de renseignement et sur des textes spéciaux qui complètent l'obligation générale d'information consacrée par le Code de la Consommation. Si le droit commun avait été doté d'une disposition claire concernant l'obligation d'information précontractuelle, aurions-nous aujourd'hui tant d'articles, éparpillés, dans différents codes, pour imposer une obligation d'information précontractuelle aux professionnels ? Tout d'abord, il convient de souligner qu'il aurait été impossible d'échapper à l'obligation de transposition de nombreuses directives européennes qui ont une incidence en matière bancaire. Ensuite, il est clair qu'une protection efficace du consentement par le droit commun des contrats, visant à prévenir les vices du consentement aurait eu l'avantage de systématiser la jurisprudence et de faciliter la protection des parties faibles. Or, à ce jour, un client qui veut attaquer la banque est tenté d'utiliser tous les moyens juridiques qui peuvent lui donner une chance de réussite. Il tentera d'invoquer les vices du consentement, l'obligation de bonne foi, les textes consuméristes, les dispositions bancaires et

¹⁰⁵³ En ce sens il faut citer les arrêts dits « Bénéfic » du 19 septembre 2006 prononcés sur le fondement du droit commun de l'article 1147 du code civil : Cass com., 19 septembre 2006, 5 arrêts, *Bull.* 2006, IV, n° 185, pourvoi n° 05-14.343 ; *Bull.* 2006, IV, n° 186, pourvoi n° 05-14.344 ; *Bull.* 2006, IV, n° 187, pourvoi n° 05-15.304 ; pourvoi n° 04-19.522 ; pourvoi n° 05-15.305. Cf. aussi Cass com., 30 octobre 2007, pourvoi n° 06-14.266 ; Cass com., 8 avril 2008, pourvoi n° 07-14.331 ; Cass com., 23 juin 2009, pourvoi n° 08-15.567.

¹⁰⁵⁴ Art. L341-11 du Code monétaire et financier « Avant de formuler une offre portant sur des instruments financiers, un service d'investissement ou un service connexe, les démarcheurs s'enquêtent de la situation financière de la personne démarchée, de son expérience et de ses objectifs en matière de placement ou de financement. Ces dispositions ne s'appliquent pas dans le cas des envois effectués dans les conditions prévues au V de l'art. L. 341-4, sans préjudice du respect des obligations d'information et de conseil dues aux souscripteurs et aux clients en application des art. L. 214-23-1, L. 214-83-1 et L. 533-11 à L. 533-16.

Les démarcheurs communiquent à la personne démarchée, d'une manière claire et compréhensible, les informations qui lui sont utiles pour prendre sa décision ; Art. L 519-4-1 du Code monétaire et financier ; Art. L 533-11 du Code monétaire et financier, Art. L 541-8-1 du Code monétaire et financier.

¹⁰⁵⁵ Art. L519-4-1 à L519-6 du Code monétaire et financier.

¹⁰⁵⁶ Art. L533-11 du Code monétaire et financier : « Lorsqu'ils fournissent des services d'investissement et des services connexes à des clients, les prestataires de services d'investissement agissent d'une manière honnête, loyale et professionnelle, servant au mieux les intérêts des clients. »

les règles de bonne conduite. Nous doutons que cette superposition contribue à une meilleure protection de la clientèle. Elle témoigne avant tout du besoin de compléter les lacunes du droit des contrats et d'une tendance législative européenne qui privilégie l'approche de la protection sectorielle. Cela ne fait qu'accroître le risque juridique bancaire et l'insécurité juridique en raison de revirements jurisprudentiels potentiellement nombreux.

571. Obligation d'information et formalisme informatif. De surcroît, il convient de distinguer l'obligation d'information du formalisme informatif. Ainsi, l'obligation d'information qui incombe au banquier au terme d'un contrat non spécifiquement réglementé, conclu sur les lieux de vente devra être claire, compréhensible et non trompeuse, sans devoir respecter une forme spéciale imposée par la loi. En revanche, le formalisme informatif, imposé en général par le droit spécial, suppose la remise par le banquier d'un écrit comportant des mentions obligatoires destinées à informer les clients - consommateurs, épargnants ou investisseurs. C'est notamment le cas de la protection du consentement des clients en matière de crédit à la consommation, crédit immobilier, vente des services d'investissement ou démarchage financier¹⁰⁵⁷. Si la loi expose minutieusement ce qui doit figurer dans le contrat pour permettre au client de conclure en pleine connaissance de cause, elle ne prévoit pas, en revanche, systématiquement les sanctions encourues par le professionnel. En matière de crédit à la consommation, les choses sont claires car le non-respect des mentions informatives entraîne, aux termes des articles L 311-48 et L 311-49 du Code de la consommation, la déchéance du droit aux intérêts et, respectivement, une amende administrative. Quant au démarchage bancaire ou financier, le Code de la consommation ne règle pas la question des sanctions. C'est l'article L 341-17 du Code monétaire et financier qui indique que le non-respect des obligations législatives, réglementaires et professionnelles en la matière sera sanctionné disciplinairement par l'autorité de contrôle compétente. On constate ainsi que l'exigence d'un contenu informatif précis « *est, dans ces contrats, comme dans d'autres, orpheline de sanction* »¹⁰⁵⁸ de nature civile, prédéterminée par le législateur. Dans ces conditions, eu égard au silence des textes et dans l'absence des lignes directrices en la matière de la part de la Cour de cassation, il est habituel de considérer que « *le législateur a eu en vue d'instituer un formalisme solennel dont l'inobservation est sanctionnée par la nullité du contrat* »¹⁰⁵⁹. Cependant, l'analyse de la jurisprudence fait ressortir « *une propension à interpréter les dispositions qui exigent la rédaction d'un écrit sans en préciser la sanction comme de simples règles de preuve ne faisant pas des opérations visées des actes solennels* »¹⁰⁶⁰. Il convient d'observer que le risque d'une telle solution est d'anéantir, en partie, la portée des exigences informatives. Or, ceci n'est pas l'objectif poursuivi par le

¹⁰⁵⁷ Sur le formalisme informatif : J. GHESTIN, G. LOISEAU et Y.-M. SERINET, *op. cit.*, n° 980 et ss. ; F. TERRE, PH. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations, op.cit.*, n° 262.

¹⁰⁵⁸ G. LOISEAU, « Les mystères de la sanction du formalisme informatif », *Comm. com. électr.*, 2014, n° 2, pp. 32-33.

¹⁰⁵⁹ *Ibidem* ; Voir également J. GHESTIN, G. LOISEAU et Y.-M. SERINET, *La formation du contrat, t. 1, Le contrat - Le consentement, op. cit.*, n° 1003.

¹⁰⁶⁰ *Ibidem* ; Voir en ce qui concerne la convention de compte-titres, Cass. com., 15 sept. 2009, n° 08-13.282 : JurisData n° 2009-049495 ; *Dr. sociétés* 2010, comm. 12, obs. TH. BONNEAU ; pour la même solution en matière de vente de voyages à forfait : Cass. com., 17 déc. 2013, n° 12-25.365, JurisData n° 2013-029886, *Comm. com. électr.*, 2014, n° 2, comm. G. LOISEAU.

législateur qui accroît à chaque réforme le formalisme informatif. Par conséquent, la doctrine propose de considérer « *que l'absence de mentions informatives prescrites par la loi fait présumer un vice du consentement lorsque ces informations sont de nature à déterminer le consentement* »¹⁰⁶¹.

572. Destinataires des obligations d'information spéciales prévues par le Code monétaire et financier. Il convient de souligner que certaines dispositions législatives, intégrées dans le Code monétaire et financier, réglementant l'obligation d'information du banquier s'appliquent à l'égard de tous les clients, sans aucune distinction selon leur degré de connaissance, de compétence ou de qualification. C'est notamment le cas des articles suivants : L312-1-1 du Code monétaire et financier, selon lequel « *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* », L533-12, I du même code, en vertu duquel « *toutes les informations, y compris les communications à caractère promotionnel, adressées par un prestataire de services d'investissement à des clients, notamment des clients potentiels, présentent un contenu exact, clair et non trompeur. Les communications à caractère promotionnel sont clairement identifiables en tant que telle* » et L341-11 du Code monétaire et financier qui prévoit que « *les démarcheurs communiquent à la personne démarchée, d'une manière claire et compréhensible, les informations qui lui sont utiles pour prendre sa décision* ». En revanche, d'autres textes législatifs visent, à titre d'exemple, « *l'utilisateur de services de paiement* »¹⁰⁶², « *la personne physique n'agissant pas pour des besoins professionnels* »¹⁰⁶³ ou la personne agissant pour des besoins professionnels (article L312-1-6 du même code).

Par conséquent, il est légitime de nous demander qui sont les destinataires de l'information en droit bancaire ? La réponse est d'autant plus difficile car la matière, à ce jour, se fait remarquer par une forte complexité. Tout d'abord, comme nous l'avons déjà vu, il y a une

¹⁰⁶¹ G. LOISEAU, « Les mystères de la sanction du formalisme informatif », *op. cit.* ; La doctrine est partagée sur ce sujet, voir en ce sens N. SAUPHANOR-BROUILLAUD, E. POILLOT, C. AUBERT DE VINCELLES, G. BRUNAUX, *Les contrats de consommation - Règles communes, op.cit.*, n° 295 et les réf. citées ; V. MAGNIER, « Les sanctions du formalisme informatif », *JCP G* 2004, I, 106 ; Moins souvent, le non respect de ce type moderne de formalisme se voit appliquer la sanction de la requalification du contrat ou celle de mise en conformité : J. GHESTIN, G. LOISEAU et Y.-M. SERINET, *op. cit.*, n° 999, 1005-1007.

¹⁰⁶² Art. L314-8 du Code monétaire et financier : « Les informations et conditions prévues à la présente section sont communiquées dans des termes et sous une forme clairs et aisément compréhensibles. Elles sont communiquées en français sauf convention contraire des parties. » ; article L314-11 du Code monétaire et financier : « I.-Avant que l'utilisateur de services de paiement ne soit lié par un contrat relatif à une opération de paiement isolée, le prestataire de services de paiement met à la disposition de ce dernier les informations précisées par arrêté du ministre chargé de l'économie. A la demande de l'utilisateur, le prestataire de services de paiement fournit ces informations sur support papier ou sur un autre support durable. ».

¹⁰⁶³ Art. L312-1-3 du Code monétaire et financier : « Le client, personne physique n'agissant pas pour des besoins professionnels, est informé gratuitement, par le biais de son relevé de compte mensuel, du montant et de la dénomination des frais bancaires liés à des irrégularités et incidents que l'établissement entend débiter sur son compte de dépôt. Ce débit a lieu au minimum quatorze jours après la date d'arrêté du relevé de compte. ».

superposition des dispositions d'origines différentes. Ensuite, il faut tenir compte du caractère hétéroclite de la clientèle. Si, en droit commun, le destinataire de l'obligation d'information est celui qui ne connaît pas l'information, il convient de souligner qu'en application du droit de la consommation, le consommateur d'opérations et services bancaires est réputé ignorant, bénéficiant d'une présomption légale en ce sens. Ensuite, il ne faut pas oublier qu'en application de certaines dispositions spéciales de droit bancaire, le destinataire peut être tout client, y compris potentiel, sans aucune distinction selon son degré de connaissance ou d'expérience.

Est-ce à dire que l'obligation précontractuelle d'information en droit bancaire est d'application générale à l'égard de toute la clientèle, sans distinction ? L'état actuel du droit positif ne nous permet pas de tirer une telle conclusion, même si elle serait souhaitable. En revanche, on peut conclure que ces textes mettent en lumière les spécificités de l'obligation d'information du banquier, un professionnel à part qui, à ce titre, est débiteur d'une obligation plus étendue, dont le périmètre dépasse celui de l'obligation d'information consacrée par la jurisprudence sur le fondement du droit commun.

Voyons maintenant quelles sont les conditions d'existence de l'obligation d'information de droit commun.

C. Les conditions d'existence de l'obligation d'information

573. Conditions multiples. L'existence de l'obligation d'information dépend de la qualité des parties, de l'inégalité d'expérience et de connaissance des contractants, ainsi que de leur asymétrie informationnelle. Nous allons notamment aborder l'obligation d'information précontractuelle.

1. Les conditions tenant à la qualité des parties.

574. Obligation d'information et qualité des parties. Le banquier qui, en sa qualité de professionnel, ne pouvant et surtout ne devant pas ignorer les conditions de stipulation des services et produits qu'il commercialise, se voit assujéti à de nombreuses obligations d'information. Parmi celles-ci, l'obligation désormais classique, d'origine légale qui lui incombe en application de l'article L 111-1 du Code de la consommation « *prend toutefois une dimension très particulière* »¹⁰⁶⁴ en la matière, instituant une présomption irréfragable de connaissance à son égard et une présomption irréfragable d'ignorance en faveur de tous les clients qui entrent dans la catégorie des consommateurs ou qui peuvent être assimilés à ce statut. Le créancier de cette obligation, ainsi que de nombreuses autres dispositions spécifiques au droit bancaire et financier, qui se manifestent sous forme d'exigences de mentions ou de notices informatives remises avant la conclusion du contrat, est en principe le

¹⁰⁶⁴ R. ROUTIER, *op. cit.*, n° 321.11.

client personne physique, profane. Cependant, le juge et le législateur n'hésitent pas d'étendre la protection préventive du consentement à d'autres catégories de clients, tels que les professionnels ou les non-professionnels¹⁰⁶⁵.

2. Les conditions tenant à l'inégalité entre les parties

575. Obligation d'information et l'inégalité entre les parties. Comme nous l'avons montré dans le chapitre dédié à l'étude du fondement juridique¹⁰⁶⁶, l'obligation de renseignement repose entre autres sur l'inégalité informationnelle et d'expérience entre les cocontractants. En effet, du point de vue juridique, son rôle est de rééquilibrer le contrat, en comblant le fossé créé entre les parties. La principale difficulté dans la systématisation des conditions de l'existence de l'obligation de renseignement du banquier à l'égard de son client réside dans le chevauchement du droit commun des contrats et des droits spéciaux. La doctrine a construit une théorie notamment en matière de l'obligation d'information de droit commun. Or, transposée sur le terrain bancaire, elle est fort concurrencée par la théorie consumériste.

576. Connaissance de l'information par le banquier. Dans la logique de la théorie de droit civil de contrats, l'obligation d'information existe si le débiteur, c'est-à-dire le banquier, connaît ou devrait connaître des éléments pertinents susceptibles d'influencer le consentement du client, et donc sa prise de décision. Par conséquent, le droit commun nous enseigne qu'il faut toujours rechercher si, en possession de ces informations, le client aurait agi différemment.¹⁰⁶⁷ Le banquier doit connaître non seulement l'information, mais aussi son importance pour le client.¹⁰⁶⁸ Le législateur et le juge considèrent que son statut lui impose une attitude proactive, en lui imposant implicitement un devoir de se renseigner pour renseigner fondé sur son devoir de vigilance¹⁰⁶⁹. En principe, s'il prétend ne pas avoir eu connaissance de cette importance, il revient au juge de rechercher si cette ignorance peut lui être reprochée. Par conséquent, même s'il est difficile pour le banquier de se retrancher derrière son ignorance, le droit civil des contrats laisse, tout de même, une porte ouverte pour une défense fondée sur son absence de connaissance légitime. En revanche, en droit de la consommation et en droit bancaire il existe une présomption de connaissance par la banque de l'utilité de l'information pour le client, limitée seulement par des exigences spécifiques du client qui ne seraient pas apportées à la connaissance du banquier.

577. Ignorance légitime de l'information par le client. Selon le droit commun des contrats, l'obligation d'information existe seulement si le créancier peut se prévaloir de sa propre ignorance : « *le droit de savoir trouve logiquement sa limite lorsque le titulaire connaît déjà*

¹⁰⁶⁵ *idem*, n° 323.20 : la communication du TEG doit être faite aussi dans l'hypothèse d'un prêt à finalité professionnelle ou d'un contrat d'affacturage ; CA Paris, 15^e ch. B, 17 nov. 2005, RG n° 03/15210 OSEO BDPME c/ Soprotel Bobigny, Juris-Data n° 289819; *JCP E* 2006, 1850, p. 964, n° 42, obs. C. LASSALAS-LANGLAIS.

¹⁰⁶⁶ Voir *supra* notamment n° 501 -516.

¹⁰⁶⁷ M. FABRE-MAGNAN, *De l'obligation d'information dans les contrats*, *op. cit.*, n° 169 et s.

¹⁰⁶⁸ J. GHESTIN, G. LOISEAU et Y.-M. SERINET, *op. cit.*, n° 1725, 1726.

¹⁰⁶⁹ *idem*, n° 1716, 1723, 1724 ; F. BOUCARD, *op. cit.*, n° 92, p. 102.

l'information »¹⁰⁷⁰. Transposé en droit bancaire, ce principe signifie que la connaissance de l'information par le client est de nature à annihiler toute obligation d'information de la part du banquier. Cependant, il faut souligner qu'en réalité cette hypothèse est très limitée lorsqu'il s'agit de la clientèle particulière du banquier. Cela s'explique tout d'abord par la forte incidence du droit de la consommation qui impose une présomption irréfragable d'ignorance au profit du client consommateur bancaire. Ensuite, même en dehors de la logique consumériste, il ne faut pas oublier que la connaissance du client est appréciée *in concreto* par les juges du fond. A titre d'exemple, la seule qualité d'employé de banque ne sera pas suffisante pour établir la connaissance des mécanismes boursiers par le créancier de l'obligation d'information¹⁰⁷¹. Cette solution est confirmée par le rapport annuel de la Cour de Cassation française¹⁰⁷². Il nous reste à comprendre qu'aux termes du droit commun des contrats, seul le client particulièrement averti des techniques bancaires sera débouté s'il invoque un manquement à l'obligation d'information ou les cautions dirigeantes qui ne peuvent pas justifier l'ignorance de la situation effective de la société emprunteuse. La solution s'explique par le fait que le devoir de se renseigner de chaque contractant est écarté par l'obligation d'information seulement lorsque la possibilité réelle de s'informer est limitée, voire impossible. Par conséquent, « *tout dépend, en effet, de la capacité de chaque contractant à se renseigner lui-même.* »¹⁰⁷³

3. *Les conditions tenant aux conséquences de l'information transmise sur le consentement*

578. Information de nature à influencer le consentement du client. La transmission de l'information est obligatoire dans la mesure où elle est disponible et produit un effet sur le consentement du client, car elle doit être utile à l'intégrité du consentement et influencer la décision prise¹⁰⁷⁴. D'où l'exigence que toutes les informations, y compris les communications à caractère promotionnel, adressées par un banquier à des clients, notamment des clients potentiels, présentent un contenu exact, clair et non trompeur¹⁰⁷⁵.

D. La preuve

579. Considérations générales. En droit bancaire la preuve de l'envoi de l'information par le banquier fait l'objet de l'appréciation souveraine des juges du fond, car il s'agit des éléments

¹⁰⁷⁰ Cour de Cassation, *Rapport annuel 2010, op.cit.*

¹⁰⁷¹ Cass. com. 18 février 1997, *Bull.* n° 51, p. 45F. BOUCARD, *op. cit.*, n°74, p. 83.

¹⁰⁷² F. BOUCARD, *idem*, n°74, p. 83.

¹⁰⁷³ F. TERRE, PH. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations, op.cit.*, n° 259.

¹⁰⁷⁴ M. FABRE-MAGNAN, *De l'obligation d'information dans les contrats. Essai d'une théorie, op. cit.*, n° 190 ; F. BOUCARD, *op. cit.*, n° 104, p. 108.

¹⁰⁷⁵ Voir en ce sens l'art. L. 533-12 du Code monétaire et financier qui exige que : « Toutes les informations, y compris les communications à caractère promotionnel, adressées par un prestataire de services d'investissement à des clients, notamment des clients potentiels, présentent un contenu exact, clair et non trompeur ».

purement factuels¹⁰⁷⁶. En ce qui concerne l'administration de la preuve, celle-ci est régie par des principes communs à toutes les disciplines qui connaissent une telle obligation¹⁰⁷⁷ et leur application fait l'objet d'un contrôle de la part de la Cour de cassation qui veille également à l'admissibilité des modes de preuve¹⁰⁷⁸. Quant à la charge de la preuve, nous devons souligner que c'est au client demandeur d'établir à la fois qu'une information lui était due et que le défaut d'information lui a causé un préjudice « *dont les juges du fond apprécient souverainement l'existence* »¹⁰⁷⁹, alors que le banquier défendeur est tenu de rapporter la preuve de l'exécution de cette obligation¹⁰⁸⁰.

580. Renversement de la charge de la preuve en droit français. Depuis un arrêt de principe du 25 février 1997¹⁰⁸¹ en matière médicale, la Cour de cassation a opéré un revirement jurisprudentiel, décidant que « *celui qui est légalement ou contractuellement tenu d'une obligation particulière d'information doit rapporter la preuve de l'exécution de cette obligation* ». La solution est fondée sur l'article 1315 du Code civil qui prévoit que celui « *qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver* » et que « *réciroquement, celui qui se prétend libéré doit justifier le paiement ou le fait qui a produit l'extinction de son obligation* ». La Cour de cassation a ensuite étendu cette règle au banquier, l'incitant ainsi à conserver la preuve complète de l'exécution de son obligation¹⁰⁸². Cette règle prétorienne a été consacrée par le Code de la consommation qui indique qu'en cas de litige relatif au respect des obligations d'information pour tous les types de contrats, y compris pour ceux à distance et hors établissement, il appartient au professionnel de prouver qu'il a exécuté ses obligations¹⁰⁸³. Même si « *le principe n'est pas nouveau, son application est tout de même*

¹⁰⁷⁶ Pour l'envoi de l'information annuelle de la caution : Cass. com., 27 mars 2012, pourvoi n° 10-27.345 ; Cass. com., 28 octobre 2008, pourvoi n° 06-17.145, *Bull.* 2008, IV, n° 176 ; Cass. com., 31 mai 2005, pourvoi n° 03-19.147 ; Cass. com., 26 octobre 1999, pourvoi n° 96-18.188 ; Pour l'envoi des relevés mentionnant le taux effectif global : Cass. com., 3 juillet 2012, pourvoi n° 11-19.565, *Bull.* 2012, IV, n° 140.

¹⁰⁷⁷ Cass. com., 27 mars 2012, précité.

¹⁰⁷⁸ Cass. com., 19 juin 2012, précité.

¹⁰⁷⁹ Cass. com., 31 janv. 2012, n° 11-10716.

¹⁰⁸⁰ J. GHESTIN, G. LOISEAU, Y.-M. SERINET, *La formation du contrat*, t. 1 *Le contrat – Le consentement*, op. cit., n° 1792 et ss.

¹⁰⁸¹ Cass. 1^{re} civ. 25 février 1997, *Bull. civ. I*, n° 75 et rapport annuel de la Cour de cassation pour 1997 ; *D.* 1997 Somm. 319, obs. PENNEAU ; *Gaz. Pal.* 1997. 1. 274, rapport P. SARGOS et note J. GUIGUE ; F. CHABAS, « L'obligation médicale d'information en danger », *JCP. G.* 2000. I. 212 ; J. GHESTIN, G. LOISEAU, Y.-M. SERINET, *La formation du contrat*, t. 1 *Le contrat – Le consentement*, op. cit., n° 1794.

¹⁰⁸² Pour le banquier : Cass. com., 7 janvier 2004, pourvoi n° 02-11.354 : « mais attendu que le prêt litigieux ayant été demandé par les époux Michel X... et ceux-ci n'ayant jamais prétendu que la Caisse aurait eu, sur la rentabilité de la société dont ils envisageaient d'acquérir le capital social des informations qu'eux-mêmes auraient légitimement ignorées, ce dont il résultait que l'établissement de crédit n'avait pas engagé sa responsabilité en accordant le financement qu'ils avaient sollicité, la cour d'appel, qui n'avait pas à répondre aux conclusions évoquées par la première branche que ces constatations rendaient inopérantes, a, abstraction faite des motifs exactement critiqués par les deuxième et troisième branches, justifié sa décision ; que le moyen n'est fondé en aucune de ses branches ». Le prêteur doit apporter la preuve qu'il a satisfait à l'obligation d'information qui lui incombe ; dans le même sens Cass. 1^{ère} civ., 28 septembre 2004, pourvoi n° 02-20.517 et Cass. 1^{ère} civ., 1^{er} février 2005, pourvoi n° 01-16.733) ; CA Paris 15^e ch. B 25 mai 2007, SA Crédit Lyonnais c/ B n° 05/22074.

¹⁰⁸³ Art. L 111-4 nouveau et art. L. 121-17, III nouveau du Code de la consommation, créés par loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 ; J. GHESTIN, G. LOISEAU, Y.-M. SERINET, *La formation du contrat*, t. 1 *Le contrat – Le consentement*, op. cit., n° 1795 ; N. SAUPHANOR-BROUILLAUD, E. POILLOT, C. AUBERT DE VINCELLES et G.

*plus exigeante car elle porte non seulement sur le contenu de l'information mais aussi sur la forme de sa communication et son accessibilité, en particulier sur sa présentation "de manière lisible et compréhensible"*¹⁰⁸⁴. Cependant, le banquier ne sera pas tenu de prouver que son cocontractant a effectivement reçu l'information¹⁰⁸⁵. Suivant la même logique, le client doit prouver qu'il ignorait cette information et que celle-ci présentait une utilité pour son engagement en pleine connaissance de cause ou pour l'exécution de ses obligations. Les conditions d'existence de l'obligation d'information, c'est-à-dire la connaissance, la compétence, l'importance de l'information et l'intention des parties¹⁰⁸⁶ et implicitement de la qualification de « profane » ou d'« averti » du client¹⁰⁸⁷ sont appréciées par les juges du fond, la Cour de cassation vérifiant que les critères retenus par les juges du fond sont adéquats.

581. De la preuve en droit belge. En Belgique, aux termes de ce même article 1315 du Code civil, la solution retenue est diamétralement opposée à celle retenue par les juges français. En effet, selon la jurisprudence belge fondée sur le droit commun des contrats, la charge de la preuve de l'accomplissement de l'obligation d'information revient classiquement à celui qui invoque le défaut d'information, c'est-à-dire au client. Il est vrai que tant les juges que la doctrine ont tendance à considérer que les parties sont sur un pied d'égalité¹⁰⁸⁸. C'est d'ailleurs ce qui a été retenu par la Cour d'appel de Bruxelles : « *c'est à la cliente qui est demanderesse dans une action en responsabilité qu'il appartient, conformément à l'article 1315 du Code civil et à l'article 870 du Code judiciaire*¹⁰⁸⁹, *de démontrer que les conditions de la mise en cause de la responsabilité, pour défaut d'information suffisante, sont effectivement réunies*¹⁰⁹⁰ ». Ce principe s'applique dans tous les domaines de droit bancaire et financier, y compris en matière de crédit, de la gestion de fortune, du conseil en investissement et de l'exécution des ordres¹⁰⁹¹ lorsque le client n'entre pas dans la catégorie de consommateur. C'est ainsi qu'on estime qu'à défaut d'apporter la preuve de la faute, du lien de causalité et du préjudice, le banquier, même fautif, ne peut subir aucune condamnation

BRUNAU, *Les contrats de consommation - Règles communes, op.cit.*, n° 945 : il s'agit d'une règle commune à tous les contrats de consommation.

¹⁰⁸⁴ G. LOISEAU, « Les contrats du commerce électronique dans la loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation », *op. cit.*

¹⁰⁸⁵ F. BOUCARD, *op. cit.*, n° 602.

¹⁰⁸⁶ Cour de Cassation, *Rapport annuel 2012* ; Cass. com., 18 octobre 2011, pourvoi n° 10-19.667 ; Cass. com 7 février 2012, pourvoi n° 11-10.487, *Bull.* 2012, IV, n° 24 ; Cass. com. 27 septembre 2011, pourvoi n° 10-17.467.

¹⁰⁸⁷ Cass., ch. mixte, 29 juin 2007, pourvoi n° 05-21.104, *Bull.* 2007, Cass. ch. mixte, n° 7 ; Cass. ch. mixte, 29 juin 2007, pourvoi n° 06-11.673, *Bull.* 2007, Cass. ch. mixte, n° 8.

¹⁰⁸⁸ En droit belge : J.-P. BUYLE, « Les obligations d'information, de renseignement, de mise en garde et de conseil des professionnels de la finance » in F. GLANSDORFF (dir.), *Les obligations d'information, de mise en garde et de conseil*, CUP, 03/2006, p. 207 ; J.-P. BUYLE, P. PROESMANS, « La jurisprudence d'après crise 2007 en matière d'opérations bancaires » in M. GREGOIRE (dir.), *Le droit bancaire et financier en mouvement*, Bruylant, Bruxelles, 2013, p. 50 et p. 69 ; Sur la preuve en droit civil belge voir H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. III, Bruylant, Bruxelles, 1967.

¹⁰⁸⁹ En droit belge : L'art. 870 du Code judiciaire belge : « *Chacune des parties a la charge de prouver les faits qu'elle allègue* ».

¹⁰⁹⁰ Jurisprudence belge : Bruxelles, 23 septembre 2010, *R.D.C.*, 2012, p. 357, note O. STEVENS, cité par J.-P. BUYLE, P. PROESMANS, « La jurisprudence d'après crise 2007 en matière d'opérations bancaires » in M. GREGOIRE (dir.), *Le droit bancaire et financier en mouvement*, Bruylant, 2013, p. 50 et p. 69.

¹⁰⁹¹ J.-P. BUYLE, P. PROESMANS, *op. cit.*, p. 50 et s.

en droit belge¹⁰⁹². Le renversement de la preuve opéré par la Cour de cassation française¹⁰⁹³ dès 1997 a été d'ailleurs critiqué par la doctrine belge : « *cette jurisprudence, si elle peut, formellement, paraître fondée, reste néanmoins critiquable, dès lors qu'il appartient au demandeur, particulièrement en ce qui concerne une obligation de moyen, de démontrer que les conditions de la mise en cause de la responsabilité du défendeur sont en l'espèce effectivement réunies* »¹⁰⁹⁴. Pourtant, une distinction doit être opérée entre les solutions fondées sur le droit commun des contrats et le droit de la consommation. L'article VI. 62 du tout nouveau Code de droit économique¹⁰⁹⁵ indique, qu'en cas de litige en matière des contrats à distance portant sur des services financiers, « *il incombe à l'entreprise de fournir la preuve qu'elle a satisfait aux obligations concernant l'information du consommateur, le respect des délais, le consentement du consommateur à la conclusion du contrat et, le cas échéant, à son exécution pendant le délai de rétractation* »¹⁰⁹⁶.

582. Moment de la transmission de l'information. En ce qui concerne le moment de la transmission, la description du produit ainsi que l'information sur les frais doivent, en principe, être fournies avant la conclusion du contrat¹⁰⁹⁷ ou pendant le déroulement du contrat à des dates minutieusement précisées par la loi. Cependant, par exception, les informations précontractuelles peuvent être fournies immédiatement après que le banquier prestataire de services d'investissement a commencé à fournir le service, notamment lorsqu'il n'a pas été en mesure de respecter les délais parce qu'à la demande du client le contrat a été conclu en utilisant un moyen de communication à distance¹⁰⁹⁸. Par ailleurs, en application des articles 314-20 et art. 314-23 du Règlement général Autorité des marchés financiers (AMF), les informations relatives au prestataire de services d'investissement et aux conditions du contrat peuvent être fournies, soit avant la conclusion du contrat, soit immédiatement après la conclusion du contrat mais avant la prestation du service.

583. Support de la transmission d'information. S'agissant du support d'information, il faut en principe un écrit ou un document électronique qui doit être conservé afin de faciliter la preuve.

Concept fondamental de la transmission et la conservation de l'information en droit des contrats, la notion de support durable¹⁰⁹⁹ a été définie par le législateur, tout d'abord, en

¹⁰⁹² Jurisprudence belge : Comm. Bruxelles, 27 avril 1995 et 3 mai 1996, *R.D.C.*, 1996, p. 1110

¹⁰⁹³ Cass. 1^{re} civ. 25 février 1997, précité.

¹⁰⁹⁴ X. DIEUX, J.-Q. DE CUYPER, « Questions de responsabilité civile en matière de bancassurfinance » in J.-L. FAGNART (dir.), *Bancassurfinance*, Coll. De la Faculté de droit de l'U.L.B., Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 189, n° 7.

¹⁰⁹⁵ Voir la loi du 28 février 2013 introduisant le *Code de droit économique*, *M.B.* 29 mars 2013 et la loi du 21 décembre 2013 portant insertion du titre VI « Pratiques du marché et protection du consommateur » dans le Code de droit économique, *M.B.*, 30 décembre 2013.

¹⁰⁹⁶ Voir également art. VI 45§ 6 du Code de droit économique qui prévoit la même règle pour les contrats à distance ne portant pas sur des services financiers : « *La charge de la preuve concernant le respect des obligations d'information énoncées dans le présent article incombe à l'entreprise* ».

¹⁰⁹⁷ Pour la prestation de service d'investissement voir l'art. 314-21 du Règlement général AMF

¹⁰⁹⁸ Voir l'art. 314-23 du Règlement général AMF.

¹⁰⁹⁹ Sur la conception du support durable, voir CJUE, 5 juill. 2012, aff. C-49/11, *Content Services Ltd c/ Bundesarbeitskammer*, *Comm. com. électr.* 2012, comm. 110, G. LOISEAU.

matière de contrat de crédit par l'article L. 311-1 du Code de la consommation¹¹⁰⁰ et, ensuite, en matière de contrats à distance par l'article L. 121-16 nouveau du même code. Aux termes de ce dernier texte introduit récemment par la réforme « Hamon » du 17 mars 2014, par support durable on entend « *tout instrument permettant au consommateur ou au professionnel de stocker des informations qui lui sont adressées personnellement, afin de pouvoir s'y reporter ultérieurement pendant un laps de temps adapté aux fins auxquelles les informations sont destinées et qui permet la reproduction à l'identique des informations stockées* ». Dans le même ordre d'idées, rappelons que le banquier est tenu de fournir ses informations sur un support durable y compris en matière de prestation de services d'investissement, selon les dispositions du Règlement général de l'AMF¹¹⁰¹. Cette obligation est relayée par celle exigeant le consentement formel des clients pour une transmission valable de la part de l'établissement de crédit des informations au moyen d'un site Internet¹¹⁰². Par conséquent, il est indiscutablement utile et, par ailleurs obligatoire¹¹⁰³, que le banquier conserve une trace écrite des documents et informations communiquées, pour constituer la preuve des diligences effectuées envers son client.

E. Les sanctions pour défaut d'information

En droit bancaire le défaut d'information précontractuelle peut entraîner des sanctions juridiques et disciplinaires.

¹¹⁰⁰ Art. L 311-1 du Code de la consommation : « Support durable, tout instrument permettant à l'emprunteur de conserver les informations qui lui sont adressées personnellement, d'une manière qui permet de s'y reporter aisément à l'avenir pendant un laps de temps adapté aux fins auxquelles les informations sont destinées et qui permet la reproduction identique desdites informations ».

¹¹⁰¹ En application de l'art. 314-26 du Règlement général AMF, le "support durable" peut être constitué par un support papier ou d'un autre support à condition :

-d'une part, que la fourniture de l'information sur ce support soit adaptée au contexte dans lequel sont ou seront conduites les affaires entre le PSI et le client,

-et d'autre part, que le client ait opté formellement pour la fourniture de l'information sur ce support après que le choix lui a été proposé entre la fourniture de l'information sur papier ou cet autre support.

¹¹⁰² Art. 314-27 et 314-28 du Règlement général AMF.

¹¹⁰³ Art. L533-14 du Code monétaire et financier.

1. Sanctions juridiques

a) Sur le plan du droit commun des contrats

584. Diversité des fondements. Conformément au droit commun des contrats, le manquement du banquier à son obligation d'information peut être sanctionné « *sur le fondement des vices du consentement, de la garantie ou de la responsabilité* »¹¹⁰⁴ délictuelle ou contractuelle, en fonction des circonstances de chaque espèce.

585. Nullité du contrat. La violation d'une obligation d'information précontractuelle ne constitue pas en soi un vice de consentement, mais elle peut avoir pour conséquence un vice de consentement, le plus souvent sous la forme d'une erreur sur la substance ou d'une réticence dolosive. Ainsi, lorsque l'existence du consentement est en cause, le défaut d'information du banquier entraîne la nullité¹¹⁰⁵ du contrat sur le fondement d'un vice de consentement, « *en anéantissant celui-ci de façon rétroactive* »¹¹⁰⁶. En revanche, en l'absence d'un vice de consentement, la nullité ne devrait s'appliquer que « *lorsque l'intérêt qu'elle vise à sauvegarder est assez important pour justifier cette sanction et est mis assez gravement en danger par l'inobservation de la loi* »¹¹⁰⁷.

On sait que la directive européenne 2011/83/UE a laissé aux Etats membres la latitude de déterminer le régime des sanctions applicables en matière du défaut d'information précontractuelle. Le législateur européen a toutefois exigé, aux termes de l'article 24 de ladite directive, que les sanctions prévues soient effectives, proportionnées et dissuasives. Etant donné l'importance conférée par la législation communautaire à la question de l'information précontractuelle, et sachant que celle-ci doit comporter toute une série d'indications énumérées expressément par le texte de la directive, assimilable à un véritable formalisme informationnel, la loi du 17 mars 2014 relative à la consommation a indiqué que tous les dispositions contenues dans le chapitre consacré à l'obligation d'information précontractuelle sont dorénavant d'ordre public, tout en prévoyant une amende administrative censée renforcer la protection du consommateur¹¹⁰⁸. Dans ces conditions, on peut légitimement penser que la nullité, même en l'absence d'un vice de consentement, pourrait avoir un bel avenir devant soi¹¹⁰⁹ pourvu qu'elle soit une sanction proportionnée¹¹¹⁰.

¹¹⁰⁴ J. GHESTIN, G. LOISEAU, Y.-M. SERINET, *La formation du contrat*, t. 1 *Le contrat – Le consentement*, *op. cit.*, n° 1798.

¹¹⁰⁵ *Idem*, n° 2005 : « La nullité demeure, en droit civil, la sanction naturelle car spécifique et première de l'invalidité du contrat »

¹¹⁰⁶ *Idem*, n° 2073.

¹¹⁰⁷ M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité de droit civil français*, t. VI, 2^e éd., LGDJ, par ESMEIN, 1952, n° 295.

¹¹⁰⁸ Voir *infra* n° 599.

¹¹⁰⁹ N. SAUPHANOR-BROUILLAUD, E. POILLOT, C. AUBERT DE VINCELLES et G. BRUNAUX, *Les contrats de consommation - Règles communes*, *op. cit.*, n° 328 et n° 295.

¹¹¹⁰ Ph. SCHULTZ, « Les mesures renforçant la protection des consommateurs dans les contrats de consommation en général », *Gaz. Pal.* 2104, nos 110 à 114, pp. 11 et ss.

586. Responsabilité délictuelle. En principe, en application des principes de la responsabilité civile, le manquement à l'obligation d'information au stade précontractuel constitue une faute délictuelle et doit être sanctionné sur le terrain de la responsabilité délictuelle, entraînant l'allocation des dommages-intérêts en vertu de l'article 1382 du Code civil qui dispose « *tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer* ». La responsabilité délictuelle intervient notamment dans l'hypothèse où le client aurait conclu à des conditions différentes s'il avait l'information qu'on ne lui a pas transmise. La nullité pour vice du consentement devrait intervenir lorsque le client n'aurait pas conclu s'il savait ce qu'on ne lui a pas dit¹¹¹¹.

C'est la position adoptée par les doctrines française¹¹¹² et belge¹¹¹³. Dans ce contexte il est intéressant de noter que la jurisprudence belge fait une application directe de ce principe, fondant la responsabilité des établissements de crédit en matière du défaut d'information précontractuelle sur les articles 1382 et suivants du Code civil. En revanche, en France, l'application de la responsabilité délictuelle par les juges n'est pas systématique en cas de manquement à l'obligation précontractuelle d'information. C'est plutôt la doctrine qui soutient cette solution dans un effort d'homogénéisation des solutions.

587. Responsabilité contractuelle. Il est de jurisprudence constante en la matière que la Cour de cassation fonde ses arrêts sur l'article 1147 du Code civil, indépendamment du caractère précontractuel ou contractuel de l'obligation d'information¹¹¹⁴, considérant que le manquement constitué d'un banquier à son obligation d'information, quelle que soit sa casquette, dispensateur de crédit, prestataire de services d'investissement ou simple gestionnaire de comptes, a une incidence sur l'exécution du contrat.

Conformément aux principes classiques de la responsabilité civile contractuelle, pour donner lieu à réparation, la faute du banquier doit être en relation avec le préjudice causé, celui-ci étant dans la plupart des cas constitué par la perte de chance subie par le client. Pour pouvoir donner lieu à réparation, le préjudice subi par le client du banquier doit, conformément aux règles du droit commun de la responsabilité civile, être certain, direct et prévisible¹¹¹⁵. D'une

¹¹¹¹ M. FABRE-MAGNAN, *De l'obligation d'information dans les contrats. Essai d'une théorie*, op. cit., n° 375.

¹¹¹² J. GHESTIN, G. LOISEAU, Y.-M. SERINET, *La formation du contrat*, t. 1 *Le contrat – Le consentement*, op. cit., n° 1811, n° 1813-1814, n° 1817-1818; F. TERRE, PH. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, op. cit., n° 262; M. FABRE-MAGNAN, *De l'obligation d'information dans les contrats. Essai d'une théorie*, op. cit., n° 401; Voir aussi les commentaires de la Cass. com., 20 oct. 2009, *Bull. civ. IV*, n° 127, pourvoi n° 08-20274, *D.* 2009, p. 2971, note D. HOUTCIEFF; *RDC* 2010, p. 30, obs. D. MAZEAUD et p. 610, obs. J. S. BORGHETTI.

¹¹¹³ En droit belge J.-P. BUYLE, P. PROESMANS, op. cit., p. 50.

¹¹¹⁴ J. GHESTIN, G. LOISEAU, Y.-M. SERINET, *La formation du contrat*, t. 1 *Le contrat – Le consentement*, op. cit., n° 1809 et ss.; Cass. com., 20 oct. 2009, précité; Cass. com., 26 janv. 2010, *Bull. civ. IV*, n° 21, pourvoi n° 08-18354, *JCP G* 2010, p. 655, note A. GOURIO; *JCP E* 2010, I, 1153, note D. LEGEAIS, *D.* 2010, p. 578, note V. AVENA-ROBARDET; *D* 2010, p. 934, note J. LASSERRE CAPDEVILLE.

¹¹¹⁵ A ce titre, on rappellera les dispositions suivantes du Code civil :

L'art. 1147: « Le débiteur est condamné, s'il y a lieu, au paiement de dommages et intérêts soit à raison de l'inexécution de l'obligation, soit à raison du retard dans l'exécution, toutes les fois qu'il ne justifie pas que l'inexécution provient d'une cause étrangère qui ne peut lui être imputée, encore qu'il n'y ait aucune mauvaise foi de sa part. »

L'art. 1150: « Le débiteur n'est tenu que des dommages et intérêts qui ont été prévus ou qu'on a pu prévoir lors du contrat, lorsque ce n'est point par son dol que l'obligation n'est point exécutée. »

manière générale, la jurisprudence exclut le préjudice dû à l'aléa boursier. La Cour de cassation a jugé qu'en principe le prestataire de services d'investissement (PSI) n'est pas tenu de supporter les pertes qui ne sont que la conséquence directe et immédiate de l'aléa qui affecte les fluctuations des marchés et qui sont totalement détachées d'un manquement éventuel du PSI à ses obligations¹¹¹⁶. De surcroît, il a été jugé à plusieurs reprises que les pertes affectant le portefeuille du client ne peuvent être réparées par le prestataire de services d'investissement que si elles sont la conséquence directe de son manquement¹¹¹⁷. Pour évaluer le préjudice subi par un client, suite au défaut d'information de la part du banquier, le juge se réfère le plus souvent à la notion de perte de chance d'éviter le risque qui s'est réalisé¹¹¹⁸ et sa réparation « doit être mesurée à la chance perdue et ne peut être égale à l'avantage qu'aurait procuré cette chance si elle s'était réalisée »¹¹¹⁹. Le montant du préjudice est évalué par les juges du fond¹¹²⁰ et la Cour de cassation « veille à la qualification du préjudice et au respect du principe de la réparation intégrale »¹¹²¹.

588. Une sanction innovante : l'effet obligatoire de l'information. L'effet obligatoire de contrat a été proposé comme sanction possible en cas de défaut d'information précontractuelle par Mme Fabre-Magnan, arguant que l'annulation du contrat et les dommages intérêts ne constituent pas forcément « une solution adéquate, ni efficace »¹¹²². Elle supposerait de « faire en sorte que la réalité soit conforme à l'information transmise »¹¹²³, c'est-à-dire « faire comme si l'information donnée entrerait dans le champ contractuel en tant qu'obligation devant être exécutée par le débiteur de l'obligation d'information. »¹¹²⁴. Cette sanction est construite sur le modèle offert dans le droit civil par la théorie de l'apparence. L'hypothèse de départ de cette sanction est ainsi la transmission d'une information mauvaise, erronée ou partielle qui est favorable au client, même s'il a été tout de même victime d'un défaut d'information. « Si cette information est à l'avantage du créancier de l'obligation d'information et a eu une incidence sur son consentement, par exemple, sur sa décision de conclure un contrat, il n'est pas toujours efficace d'annuler le contrat. Celui qui a reçu une information inexacte désirerait peut-être maintenir les relations contractuelles : en effet, mises à part les qualités de la prestation de son cocontractant sur lesquelles il a été trompé, le contrat dans son ensemble lui est peut-être encore favorable, en revanche, le débiteur de l'obligation d'information peut souhaiter l'annulation du contrat laquelle lui permettrait

L'art. 1151 : « Dans le cas même où l'inexécution de la convention résulte du dol du débiteur, les dommages et intérêts ne doivent comprendre à l'égard de la perte éprouvée par le créancier et du gain dont il a été privé, que ce qui est une suite immédiate et directe de l'inexécution de la convention. ».

¹¹¹⁶ Cass. com. 18 février 2004 n° 02-13732.

¹¹¹⁷ CA Paris 15e ch. B 26 janvier 2006, Vidalies c/ SA Banque privée Saint Dominique et CA Paris 15e ch. B 17 février 2006, Loison c/ SA Banque privée européenne.

¹¹¹⁸ Cass. com., 10 juillet 2012, pourvoi n° 11-11.891 ; Pour la critique de cette extension de la responsabilité contractuelle fondée sur le concept de perte de chance en matière d'obligation d'information précontractuelle, voir : J. GHESTIN, G. LOISEAU, Y.-M. SERINET, *La formation du contrat*, t. 1 *Le contrat – Le consentement*, op. cit., n° 1811 et ss.

¹¹¹⁹ Cour de Cassation, *Rapport annuel*, 2012 ; Cass. com., 15 février 2011, pourvoi n° 10-11.614.

¹¹²⁰ Cass. com., 31 janvier 2012, pourvoi n° 11-11.700 ; Cass. com., 10 juillet 2012, pourvoi n° 11-20.367

¹¹²¹ Cour de Cassation, *Rapport annuel* 2012.

¹¹²² M. FABRE-MAGNAN, *De l'obligation d'information dans les contrats. Essai d'une théorie*, op. cit., n° 639.

¹¹²³ *Idem* n° 643.

¹¹²⁴ *Ibidem*.

d'essayer de proposer le même contrat à une autre personne, sans pour autant mieux transmettre les informations »¹¹²⁵. Une telle sanction serait de nature à décourager le débiteur de transmettre une information erronée à l'avenir. Si elle n'est (*pas encore*) prévue par le droit français, étant seulement parfois retenue par la jurisprudence¹¹²⁶, elle est, en revanche, proposée au niveau européen par les principes du groupe Acquis communautaire et le DCFR¹¹²⁷. Cette sanction a été cependant rejetée par la Cour de cassation qui a récemment jugé que « *le préjudice résultant du manquement à une obligation précontractuelle d'information est constitué par une perte de chance de ne pas contracter ou de contracter à des conditions plus avantageuses et non par une perte de chance d'obtenir les gains attendus* »¹¹²⁸. En ce qui nous concerne, nous considérons que l'hypothèse des informations partielles favorables aux clients trouve son terrain d'élection en matière de supports publicitaires dont les formules ambiguës ou trop optimistes cachent souvent des risques importants pour une clientèle profane. Dans cette situation, les clients pourront mettre en cause la banque à la fois pour défaut d'information, voire de conseil, et pour pratique commerciale déloyale. Cette nouvelle sanction aboutirait à la sauvegarde du contrat et au remboursement intégral de la moins-value réalisé par le client par rapport à la plus-value annoncée dans la publicité en question, sans devoir étendre artificiellement le concept de la perte d'une chance à la responsabilité du banquier pour défaut d'information précontractuelle.

¹¹²⁵ *ibidem*.

¹¹²⁶ Cass. 1^{ère} civ., 17 février 1987, *Bull. civ. I*, n° 44, p. 32, *LPA*, 28 décembre 1987 : la Cour de cassation a considéré que les juges d'appel « avaient souverainement estimé que le préjudice né du manquement commis à ce devoir » de conseil et d'information pesant sur un assureur « correspondant à l'absence de couverture du risque survenu, la réparation pouvait être du montant de la couverture de ce risque » ; Voir également J. GHESTIN, G. LOISEAU, Y.-M. SERINET, *La formation du contrat*, t. 1 *Le contrat – Le consentement*, *op. cit.*, n° 1822 et ss. ;

¹¹²⁷ ACQP, art. 2 :208 (3) : « Whether or not a contract is concluded, a business which has failed to comply with any duty imposed by the preceding Art. of this section is liable to the other party for reliance damages. The rules on damages for non-performance of a contractual obligation apply accordingly » in *Principles of Existing EC Contract Law (Acquis Principles)*, Contract II, General provisions, Delivery of Goods, Package Travel and Payment Services, Research Group on the Existing EC Private Law (Acquis Groupe), *op. cit.* ; DCFR, art. II-3 : 109 (2) : « If a business has failed to comply with any duty imposed by the preceding Art. of this Section and a contract has been concluded, the business has such obligations under the contract as the other party has reasonably expected as a consequence of the absence or incorrectness of the information » in CH. VON BAR, E. CLIVE et al., *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, *op. cit.* ; Voir également la traduction française des trois premiers livres par J. GHESTIN, *RDC 2010*, p. 213 et s., spéc. p. 228 : « Lorsque le professionnel n'a pas fait ce dont il était tenu en vertu des articles précédents de la présente section et qu'un contrat a été conclu, il est tenu en vertu de celui-ci des obligations que l'autre partie pouvait raisonnablement attendre en raison du défaut d'information ou de son inexactitude ».

¹¹²⁸ Cass. com., 31 janv. 2012, pourvoi n° 11-10834 ; J. GHESTIN, G. LOISEAU, Y.-M. SERINET, *La formation du contrat*, t. 1 *Le contrat – Le consentement*, *op. cit.*, n° 1830 : « Malgré l'absence de publication de cet arrêt au Bulletin officiel, il autorise à penser, au regard des rares applications de cette force obligatoire, que celle-ci n'a pas été consacrée par la jurisprudence. ».

b) Sur le plan du droit spécial

589. Sanctions du droit spécial. Si le législateur n'a pas prévu les sanctions applicables en cas de violation des articles L 111-1 et L 111-2 du Code de la consommation, la violation de l'obligation précontractuelle d'information peut cependant entraîner la déchéance du droit aux intérêts (I) et d'autres sanctions, y compris pénales (II).

I. *La déchéance du droit aux intérêts*

590. Efficacité et pragmatisme de la déchéance du droit aux intérêts. Sanction spécifique aux obligations d'information introduites par le droit de la consommation, la déchéance du droit aux intérêts se distingue par son efficacité et son pragmatisme¹¹²⁹. Tout en évitant l'anéantissement rétroactif du contrat de prêt, elle touche à la rémunération du banquier¹¹³⁰. Les sommes perçues au titre des intérêts doivent être restituées par le prêteur ou imputées sur le capital restant dû, tout en tenant compte du fait que ces sommes sont productives d'intérêts au taux de l'intérêt légal à compter du jour de leur versement au profit du client emprunteur¹¹³¹. En règle générale, la déchéance du droit aux intérêts sanctionne l'absence de communication à l'emprunteur des informations précontractuelles et une offre irrégulière de prêt. Elle constitue une remise en cause des stipulations des intérêts conventionnels, tout en sauvegardant le lien contractuel, malgré sa modification¹¹³².

591. Déchéance du droit aux intérêts et crédit à la consommation. Le domaine d'élection de cette sanction est le crédit à la consommation. La banque qui accorde un crédit sans communiquer à l'emprunteur les informations précontractuelles dans les conditions fixées par le Code de la consommation¹¹³³ ou sans remettre et faire signer ou valider par voie électronique la fiche qui contribue à l'évaluation de la solvabilité du client emprunteur¹¹³⁴ ou sans remettre à un contrat satisfaisant aux conditions fixées par la loi¹¹³⁵ est déchu du droit aux intérêts. Subsidiairement, cette sanction peut s'appliquer pour les prêts immobiliers, mais elle présente un caractère facultatif et le juge a le pouvoir de moduler ses effets¹¹³⁶.

¹¹²⁹ J. GHESTIN, G. LOISEAU, Y.-M. SERINET, *La formation du contrat*, t. 2 *L'objet et la cause – Les nullités*, *Traité de droit civil* sous la direction de J. Ghestin LGDJ, 4^e édition, 2013, n° 2046 à 2049.

¹¹³⁰ Cass. 1^{ère} civ., 26 novembre 2002, *Bull.* n° 288 et Cass. 1^{ère} civ., 27 mai 2003, *Bull.* n° 131.

¹¹³¹ Art. L311-48 du Code de la consommation.

¹¹³² Cass. 1^{ère} civ., 16 octobre 2001, *Bull.* n° 258.

¹¹³³ Art. L. 311-6 ou L. 311-43 du Code de la consommation.

¹¹³⁴ Art. L. 311-10 Code de la consommation.

¹¹³⁵ Art. L. 311-11, L. 311-12, L. 311-16, L. 311-18, L. 311-19, L. 311-29, le dernier alinéa de l'art. L. 311-17 et les art. L. 311-43 et L. 311-46 du Code de la consommation.

¹¹³⁶ Cass. 1^{ère} civ., 2 juillet 2002, *Bull.* n° 181 et Cass. 1^{ère} civ., 4 février 2003, *Bull.* n° 34 ; voir Cour de cassation, *Rapport annuel*, 2004 : « Totale et obligatoire pour les prêts à la consommation, la déchéance du droit aux intérêts présente un caractère facultatif et peut n'être que partielle pour les prêts immobiliers, le juge conservant le pouvoir de moduler les effets de la sanction. ».

L'exigence de la mention des conditions d'assurance prévue à l'article L. 311-10 du Code de la consommation est sanctionnée par la déchéance du droit aux intérêts pour les crédits à la consommation en application de l'article L. 311-33. En revanche, le défaut de mention de la notice d'assurance qui doit être annexée au contrat de prêt immobilier au terme de l'article L. 312-9 n'est pas sanctionné par la déchéance du droit aux intérêts, mais par l'inopposabilité à l'adhérent des limitations de garantie en cas de modification ultérieure¹¹³⁷.

II. Les sanctions pénales

592. En matière de crédit à la consommation. A titre d'exemple, il faut rappeler que les obligations d'information précontractuelle en matière de crédit à la consommation sont sanctionnées tout d'abord par la déchéance du droit aux intérêts que le législateur pose comme principe et ensuite par les sanctions pénales prévues à l'article L311-49 de même code, soit une amende de 1500 euros que, par ailleurs, on trouve peu dissuasive.

593. En matière de crédit immobilier. En matière de crédit immobilier la technique législative des sanctions change. Le prêteur qui omet de respecter les formalités informationnelles en la matière sera assujéti d'abord aux sanctions pénales et ensuite à la déchéance du droit aux intérêts, qui garde un caractère facultatif et limité, car elle peut intervenir seulement si la sanction pénale est prévue¹¹³⁸. Signalons que la loi "Hamon" a renforcé l'arsenal coercitif en la matière et les établissements de crédit seront désormais passibles d'une amende de 150 000 euros au lieu de 3 750 euros (art. L 312-33).

594. Délit de pratique commerciale trompeuse. Un défaut d'information résultant des allégations, indications ou présentations fausses ou de nature à induire en erreur et portant notamment sur les caractéristiques essentielles d'un produit bancaire (y compris tarifaires) peut constituer, depuis l'entrée en vigueur de la loi n° 2008-3 du 3 janvier 2008 pour le développement de la concurrence au service des consommateurs, un délit de pratique commerciale trompeuse¹¹³⁹. Ainsi, sur le plan pénal, le caractère trompeur des informations contenues dans une publicité pour la commercialisation des produits et services bancaires pouvait être sanctionné avant 2008 par le biais du délit de publicité trompeuse ou de nature à induire en erreur et depuis 2008 par la nouvelle qualification de pratique commerciale trompeuse.¹¹⁴⁰ Il s'agit d'une infraction intentionnelle et les circonstances qui déterminent

¹¹³⁷ Cass. 1^{ère} civ, 20 juin 2000, *Bull* n° 194.

¹¹³⁸ Art. L312-33 du Code de la consommation.

¹¹³⁹ Cour de Cassation, *Rapport annuel* 2010: « La jurisprudence témoigne d'une conception très large de la publicité puisqu'elle estime que le texte de l'art. L. 121-1 vise « tout moyen d'information destiné à permettre aux clients potentiels de se faire une opinion sur les caractéristiques des biens ou services qui lui sont proposés » (Cass. crim., 14 octobre 1998, *Bull. crim.* 1998, n° 262, pourvoi n° 98-80.527 ; Cass. crim., 6 mai 1998, pourvoi n° 97-83.023 ; Cass. crim., 2 mai 2001, pourvoi n° 00-84.043). ») » ; G. LOISEAU, « La publicité, même gratuite, est une publicité qui doit pouvoir être clairement identifiée comme telle », *Comm. com. électr.*, 2013, n° 5, pp. 32-35.

¹¹⁴⁰ Conformément aux lois n° 2008-3 du 3 janvier 2008 pour le développement de la concurrence au service des consommateurs et n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie qui ont

cette qualification sont détaillées à l'article L. 121-1 du Code de la consommation¹¹⁴¹. Quant au caractère trompeur de la publicité, celui-ci fait l'objet de l'appréciation souveraine des juges du fond¹¹⁴². Signalons aussi que de la même façon qu'un dol peut résulter d'une simple réticence, en droit pénal, sous l'influence du droit de la consommation, une tromperie peut être commise par omission d'information¹¹⁴³.

595. Sanction pénale de l'information trompeuse en droit français. Les clients déçus cherchent souvent à établir que la publicité sur le produit sous-performant qu'ils ont souscrit était trompeuse. Par conséquent, « *ces questions donnent lieu à un contentieux particulièrement important, notamment pour des fonds à formule : les affaires Bénéfic,*

transposé en droit interne la Directive 2005/29/CE du Conseil, du 11 mai 2005, relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur.

¹¹⁴¹ Art. L. 121-1 du Code de la consommation : « I – Une pratique commerciale est trompeuse si elle est commise dans l'une des circonstances suivantes :

1° Lorsqu'elle crée une confusion avec un autre bien ou service, une marque, un nom commercial, ou un autre signe distinctif d'un concurrent ;

2° Lorsqu'elle repose sur des allégations, indications ou présentations fausses ou de nature à induire en erreur et portant sur l'un ou plusieurs des éléments suivants :

a) L'existence, la disponibilité ou la nature du bien ou du service ;

b) Les caractéristiques essentielles du bien ou du service, à savoir : ses qualités substantielles, sa composition, ses accessoires, son origine, sa quantité, son mode et sa date de fabrication, les conditions de son utilisation et son aptitude à l'usage, ses propriétés et les résultats attendus de son utilisation, ainsi que les résultats et les principales caractéristiques des tests et contrôles effectués sur le bien ou le service ;

c) Le prix ou le mode de calcul du prix, le caractère promotionnel du prix et les conditions de vente, de paiement et de livraison du bien ou du service ;

d) Le service après-vente, la nécessité d'un service, d'une pièce détachée, d'un remplacement ou d'une réparation ;

e) La portée des engagements de l'annonceur, la nature, le procédé ou le motif de la vente ou de la prestation de services ;

f) L'identité, les qualités, les aptitudes et les droits du professionnel ;

g) Le traitement des réclamations et les droits du consommateur ;

3° Lorsque la personne pour le compte de laquelle elle est mise en œuvre n'est pas clairement identifiable.

II – Une pratique commerciale est également trompeuse si, compte tenu des limites propres au moyen de communication utilisé et des circonstances qui l'entourent, elle omet, dissimule ou fournit de façon inintelligible, ambiguë ou à contretemps une information substantielle ou lorsqu'elle n'indique pas sa véritable intention commerciale dès lors que celle-ci ne ressort pas déjà du contexte.

Dans toute communication commerciale constituant une invitation à l'achat et destinée au consommateur mentionnant le prix et les caractéristiques du bien ou du service proposé, sont considérées comme substantielles les informations suivantes :

1° Les caractéristiques principales du bien ou du service ;

2° L'adresse et l'identité du professionnel ;

3° Le prix toutes taxes comprises et les frais de livraison à la charge du consommateur, ou leur mode de calcul, s'ils ne peuvent être établis à l'avance ;

4° Les modalités de paiement, de livraison, d'exécution et de traitement des réclamations des consommateurs, dès lors qu'elles sont différentes de celles habituellement pratiquées dans le domaine d'activité professionnelle concerné ;

5° L'existence d'un droit de rétractation, si ce dernier est prévu par la loi.

III – Le I est applicable aux pratiques qui visent les professionnels. »

¹¹⁴² Cass. crim., 15 octobre 1997, *Bull. crim.* 1997, n° 338, pourvoi n° 96-80.228 ; Cass. crim., 15 février 2000, pourvoi n° 99-81.200 ; Cass. crim., 20 juin 2000, pourvoi n° 99-83.975 ; Cass. crim., 24 mars 2009, pourvoi n° 08-86.534.

¹¹⁴³ J. CALAIS-AULOY, H. TEMPLE, *Droit de la consommation, Précis, Dalloz, 8^e éd., 2010, n° 95 et s.*

Double'O, Jet3...et touchent des centaines de milliers d'investisseurs qui ont subi des pertes financières et se plaignent d'avoir été trompé sur les risques encourus »¹¹⁴⁴.

En application de l'article L 121-6 nouveau du Code de la Consommation et L. 213-1 nouveau du même code, les pratiques commerciales trompeuses sont punies « *d'un emprisonnement de deux ans et d'une amende de 300 000 euros. Le montant de l'amende peut être porté, de manière proportionnée aux avantages tirés du manquement, à 10 % du chiffre d'affaires moyen annuel, calculé sur les trois derniers chiffres d'affaires annuels connus à la date des faits, ou à 50 % des dépenses engagées pour la réalisation de la publicité ou de la pratique constituant le délit* ». On constate une augmentation significative du montant de l'amende, suite aux modifications introduites dans le Code de la consommation par la loi « Hamon » du 17 mars 2014. La responsabilité pénale des personnes morales est applicable à cette infraction, ce qui augmente les conséquences potentielles d'un risque juridique lié à une publicité ou pratique commerciale trompeuse

En ce qui concerne la jurisprudence en la matière, citons le jugement du Tribunal correctionnel de Saint-Etienne du 13 décembre 2012 relatif à l'affaire Double'O qui a prononcé contre la Caisse d'Épargne une amende de 40 000 euros au titre du délit de publicité mensongère¹¹⁴⁵. Le caractère trompeur de la publicité a été confirmé en appel par l'arrêt de la Cour d'appel de Lyon du 18 septembre 2013, qui « *a porté le montant de l'amende à 100 000 euros* »¹¹⁴⁶.

A notre connaissance, la chambre criminelle n'a pas encore eu l'occasion de se prononcer sur ces nouvelles dispositions en matière bancaire, mais seulement dans le domaine de la téléphonie¹¹⁴⁷ et des résidences de vacances¹¹⁴⁸.

596. Sanction de l'information trompeuse en droit belge. En Belgique, les pratiques commerciales trompeuses sont régies par la section 3 du Livre VI du nouveau Code de droit économique, comprenant les articles VI. 97 à VI. 100. Parmi ces pratiques interdites on compte aussi le fait de dissimuler une information substantielle, de la fournir « *de façon peu claire, inintelligible, ambiguë ou à contretemps* » ou ne pas indiquer son intention commerciale dès lors que celle-ci ne ressort pas déjà du contexte, « *lorsque, dans l'un ou l'autre cas, le consommateur moyen est ainsi amené ou est susceptible d'être amené à prendre une décision commerciale qu'il n'aurait pas prise autrement* »¹¹⁴⁹. La publicité trompeuse est, en droit belge tout comme en droit français, susceptible d'une sanction pénale. Cependant, on

¹¹⁴⁴ M. STORCK, « Le rôle et la portée de la publicité dans la commercialisation d'instruments financiers », *JBB*, 2014, n° 3, p. 175.

¹¹⁴⁵ Voir *infra* n° 778.

¹¹⁴⁶ M. STORCK, « Le rôle et la portée de la publicité dans la commercialisation d'instruments financiers », *op. cit.* ; F. -J. CREDOT et E. JOUFFIN, « Produits financiers et publicité trompeuse. Fonds à promesse et pratiques commerciales déloyales, les risques d'un délit occulte. A propos du jugement du tribunal correctionnel de Saint-Etienne du 13 décembre 2012 », *Journ. sociétés*, 2013, mars, p. 53.

¹¹⁴⁷ Cass. crim., 15 décembre 2009, *Bull. crim.* 2009, n° 212, pourvoi n° 09-83.059.

¹¹⁴⁸ Cass. crim., 16 décembre 2009, pourvoi n° 07-86.584.

¹¹⁴⁹ Art. VI 99 §2 du Code de droit économique.

constate que les établissements de crédit sont passibles des amendes moins importantes, significatives car aux termes de l'article XV. 84 du Code de droit économique « *ceux qui, de mauvaise foi, commettent une infraction aux dispositions du livre VI* » du Code de droit économique, relatif aux pratiques du marché et des consommateurs, sont punis d'une sanction de niveau 3, soit une amende pénale dont le montant ne peut pas dépasser 25 000 euros¹¹⁵⁰.

597. Défaut d'information du TEG. Le manquement à l'obligation de mentionner le taux effectif global (TEG) dans un contrat de prêt, imposée par l'article L 313-1 du Code de la consommation, entraîne une amende pénale dont le montant a été porté par la nouvelle loi du 17 mars 2014 à 150 000 euros au lieu de 4 500 euros¹¹⁵¹. En sus de cette amende, le défaut de mention de TEG entraîne la nullité de la clause des intérêts conventionnels et donc par voie de conséquence, leur perte.

III. Les autres sanctions

598. Diversité des autres sanctions. Les autres sanctions se caractérisent par une grande diversité : inopposabilité des conditions tarifaires, prorogation de plein droit du délai de renonciation au contrat et restitution des sommes versées par l'assuré sous déduction des montants des sommes déjà perçues au titre de rachat partiel ou des avances (en cas du défaut de remise à l'assuré des documents et informations¹¹⁵²). Par ailleurs, il convient de souligner que la loi du 17 mars 2014 relative à la consommation a choisi de renforcer la répression administrative, considérée plus efficace et plus rapide que la répression pénale qui suppose l'intervention du juge. Ainsi, le législateur français a confié à la DGCCRF (Direction Générale de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des Fraudes) la mission de sanctionner les manquements à la législation consumériste.

599. Illustration. Donnons quelques exemples, sans aucune prétention d'exhaustivité, tant la matière bancaire est riche en obligations d'informations légales issues du droit spécial et qui sont assorties des sanctions spécifiques. Ainsi, le non-respect des dispositions légales qui régissent les contrats conclus à distance et hors établissement (C. consom., art. L.121-21 et s.), ainsi que tout manquement en matière de publicité sont désormais susceptibles d'une

¹¹⁵⁰ En Belgique, en application de l'art. XV.70 du Code de droit économique : « *Les infractions aux dispositions du présent Code sont punies d'une sanction pouvant aller du niveau 1 au niveau 6. La sanction de niveau 1 est constituée d'une amende pénale de 26 à 5 000 euros. La sanction de niveau 2 est constituée d'une amende pénale de 26 à 10 000 euros. La sanction de niveau 3 est constituée d'une amende pénale de 26 à 25 000 euros. La sanction de niveau 4 est constituée d'une amende pénale de 26 à 50 000 euros. La sanction de niveau 5 est constituée d'une amende pénale de 250 à 100 000 euros et d'un emprisonnement d'un mois à un an ou d'une de ces peines seulement. La sanction de niveau 6 est constituée d'une amende pénale de 500 à 100 000 euros et d'un emprisonnement d'un an à cinq ans ou d'une de ces peines seulement* ».

¹¹⁵¹ Art. L. 313-2 du Code de la consommation.

¹¹⁵² Voir art. L 132-5-1 du Code des assurances ; Cass. 2^e civ., 7 mars 2006 ; n° 05-10366 *Bull civ.* II n° 63, *JCP G* 2006, n° 15, p. 737, note F. DESCORPS-DECLERE.

amende administrative de 15 000 euros pour une personne physique et 75 000 euros pour une personne morale.

Par ailleurs, on sait que le banquier est tenu d'informer ses clients du contenu des opérations bancaires en leur communiquant les conditions générales de banque et les conditions tarifaires par le biais d'une convention écrite de compte de dépôt aux termes des articles L 312-1-1 et R 312-1 du Code monétaire et financier. La loi n'apporte pas de précisions concernant les sanctions d'un éventuel manquement à cette obligation légale. La doctrine considère que ce défaut d'information entraîne le risque d'inopposabilité des conditions tarifaires aux clients et donc implicitement la perte des commissions et intérêts débiteurs car à défaut de stipulation expresse acceptée par le client aucun intérêt n'est dû, même pas au taux légal. Le solde débiteur d'un compte de dépôt constitue un crédit consenti par la banque (découvert) et il autorise la rémunération du banquier seulement si la convention du compte qui le prévoit a été signée et donc acceptée par le client¹¹⁵³.

2. Sanctions disciplinaires et pécuniaires

600. Sanctions de la part des autorités de tutelle. Un manquement d'information de la clientèle, d'une certaine gravité ou à grande échelle, pourrait provoquer des sanctions de la part des autorités de contrôle compétentes. Ainsi, à titre d'exemple, un défaut d'information sur les conditions générales et tarifaires de la banque constitue une faute professionnelle qui peut être sanctionnée par l'autorité de tutelle nationale¹¹⁵⁴. En ce qui concerne la commission des sanctions de l'ACPR, aux termes des articles L 612-39 du Code monétaire et financier, elle peut infliger à l'établissement de crédit qui a enfreint une disposition législative ou réglementaire, qui ne concerne pas le paquet législatif « CRD IV », une ou plusieurs sanctions disciplinaires et pécuniaires¹¹⁵⁵. Précisons simplement qu'elles sont cumulables avec des sanctions pénales et/ou civiles pour la personne morale, mais également à titre personnel pour les dirigeants ou autres préposés¹¹⁵⁶. Selon nous, dans l'hypothèse d'un défaut d'information, la banque risque le plus probablement un avertissement, voire un blâme assorti d'une sanction pécuniaire¹¹⁵⁷. Les autres sanctions¹¹⁵⁸ étant extrêmement graves, elles n'ont pas vocation à être appliquées en cas de violation de l'obligation d'information.

¹¹⁵³ Cass. com. 4 déc. 1990, *Banque*, mars 1991, p. 325, obs. J.-L. RIVES-LANGE ; M. VILLEMONTAIX, *Droit bancaire*, Ellipses, 2011, p. 76 ; C. GAVALDA, J. STOUFFLET, *Droit bancaire, op. cit.*, n° 321, p. 182.

¹¹⁵⁴ C. GAVALDA, J. STOUFFLET, *ibidem*; Etude sur la direction de J. DJOUDI, *RD bancaire et financier*, mai-juin 2007, p. 53 et s. ;

¹¹⁵⁵ Art. L612-39 du Code monétaire et financier, modifié par la loi n°2010-1249 du 22 octobre 2010 - art. 12 (V), modifié par la loi n°2010-1249 du 22 octobre 2010 - art. 16.

¹¹⁵⁶ Pour le cumul : voir *supra* n° 368.

¹¹⁵⁷ Voir *supra* n° 195.

¹¹⁵⁸ L'interdiction d'effectuer certaines opérations et toutes autres limitations dans l'exercice de l'activité, la suspension temporaire d'un ou plusieurs dirigeants ou, dans le cas d'un établissement de paiement exerçant des activités hybrides, des personnes déclarées responsables de la gestion des activités de

601. Réputation ternie. En ce qui concerne le risque d'image engendré par ce genre de sanctions, il est tout à fait possible de voir les sanctions rendues publiques dans des publications et journaux, dans un format proportionné à la faute commise et à la sanction infligée. Il va de soi que les frais sont supportés par les personnes morales et/ou physiques sanctionnées. Toutefois, lorsque la publication risque de perturber gravement les marchés financiers ou de causer un préjudice disproportionné aux parties en cause, la décision de la commission peut prévoir qu'elle ne sera pas publiée.

F. Chevauchement du droit civil classique avec les textes spéciaux

1. Un constat généralisé en matière bancaire

602. Superposition des normes – caractéristique spécifique à la protection de la clientèle particulière du banquier. Quitte à se répéter, il convient de souligner le fait que les dispositions concernant l'obligation précontractuelle d'information issues du droit de la consommation se situent dans le prolongement du droit commun des contrats. C'est la raison pour laquelle la protection de la clientèle particulière du banquier passe par les mécanismes prévus tant par le droit des obligations que par le droit de la consommation et le droit bancaire¹¹⁵⁹. Rajoutons à cela toute une série de dispositions introduisant un formalisme informatif en matière des contrats bancaires (en matière de crédit à la consommation, crédit immobilier, vente et démarchage financier, etc.)¹¹⁶⁰ et on aura l'image d'un ensemble de dispositions et règles qui se distinguent par tout ce qu'on veut, sauf par la cohérence. Par conséquent, en pratique il est fréquent que les clients cherchent à fonder leur action en justice contre le banquier « *sur plusieurs terrains susceptibles de se recouper* »¹¹⁶¹, ce qui constitue un facteur d'augmentation du risque juridique bancaire ainsi qu'une source d'inefficacité à plus grande échelle du système législatif. Il n'est, donc, pas sans intérêt d'examiner concrètement le chevauchement des textes civils et spéciaux en matière d'information en prenant l'exemple complexe, mais révélateur, du banquier prestataire de services d'investissement¹¹⁶².

services de paiement, avec ou sans nomination d'administrateur provisoire, la démission d'office d'un ou plusieurs dirigeants ou, dans le cas d'un établissement de paiement exerçant des activités hybrides, des personnes déclarées responsables de la gestion des activités de services de paiement, avec ou sans nomination d'administrateur provisoire, le retrait partiel, voire total d'agrément avec ou sans nomination d'un liquidateur.

¹¹⁵⁹ *JurisClasseur Banque-Crédit-Bourse*, Fasc. 130 : Contrats bancaires, Formation, Consentement

¹¹⁶⁰ F. TERRE, PH. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations, op.cit.*, n° 262.

¹¹⁶¹ Cour de Cassation, *Rapport annuel* 2010.

¹¹⁶² En application de l'art. L.531-1 du Code monétaire et financier, les prestataires de services d'investissement sont définis comme "les entreprises d'investissement et les établissements de crédit ayant reçu un agrément pour fournir des services d'investissement au sens de l'art. L. 321-1" du même code.

2. *L'exemple révélateur de l'obligation d'information à la charge du banquier prestataire de services d'investissement*

603. Contexte. Cette superposition des normes et fondements susceptibles de justifier une obligation d'information est en grande partie une conséquence du poids que joue dans le secteur la législation européenne, associé à une coordination insuffisante lors des transpositions nationales. D'une manière générale, le banquier prestataire de services d'investissement est tenu à la fois à une obligation d'information consacrée par la jurisprudence et à une obligation d'information législative imposée par la directive MIF et les textes nationaux qui l'ont transposée¹¹⁶³.

a) L'obligation d'information consacrée par la jurisprudence

604. Obligation d'information jurisprudentielle. La Cour de cassation a consacré une obligation d'information à la charge des banquiers prestataires de services d'investissement en s'appuyant à la fois sur l'article 1147 du Code civil et l'ancien article L. 533-4 du Code monétaire et financier¹¹⁶⁴. Ce dernier article prévoyait, depuis la loi n°96-597 du 2 juillet 1996, que les prestataires de services d'investissement devaient « *communiquer, d'une*

¹¹⁶³ La directive 2004/39/CE du Parlement Européen et du Conseil du 21 avril 2004 concernant les marchés d'instruments financiers, complétée par la directive d'exécution 2006/73/CE de la Commission du 10 août 2006 portant mesures d'exécution de la directive 2004/39/CE est connue sous la dénomination de "directive MIF" ou MIFID. La directive MIF a renforcé le cadre réglementaire initialement posé par la Directive 93/22 du 10 mai 1993 sur les services d'investissement dite "directive DSI" transposée en droit français par la loi n° 96-597 du 2 juillet 1996 de modernisation des activités financières, *JORF* n°154 du 4 juillet 1996 ("Loi MAF").

La directive MIF a été transposée en droit français, notamment par l'ordonnance n° 2007-544 du 12 avril 2007 relative aux marchés d'instruments financiers, *JORF*, 13 avr. 2007, le décret n° 2007-904 du 15 mai 2007 pris pour l'application de l'ordonnance n° 2007-544 du 12 avril 2007 relative aux marchés d'instruments financiers, *JORF*, 16 mai 2007 et un arrêté du 15 mai 2007. Ces textes sont entrés en vigueur le 1^{er} novembre 2007, étant ensuite codifiés dans la partie législative et la partie réglementaire du Code Monétaire et Financier (les règles de bonne conduite applicables aux PSI sont codifiées aux art. L. 533-11 à L. 533-20 et aux art. D. 533-11 à D. 533-14), ainsi que dans le Règlement général de l'Autorité des Marchés Financiers (voir notamment les art. 314-1 et suivants).

La proposition de la modification de la directive MIF consiste en une directive et un règlement, qui visent à rendre les marchés financiers plus efficaces, plus résilients et plus transparents, et à renforcer la protection des investisseurs : COM(2011) 656 final, 20 octobre 2011, Proposition de directive concernant les marchés d'instruments financiers, abrogeant la directive 2004/39/CE du Parlement européen et du Conseil (refonte) et COM(2011) 652 final, du 20 octobre 2011, Proposition de règlement du Parlement Européen et du Conseil concernant les marchés d'instruments financiers et modifiant le règlement [EMIR sur les produits dérivés négociés de gré à gré, les contreparties centrales et les référentiels centraux]. L'objectif de la réforme est d'améliorer le fonctionnement des marchés financiers, principalement en créant les conditions d'une meilleure formation des prix, mais aussi en corrigeant les comportements des professionnels et gestionnaires de systèmes. L'une des mesures phares préconisée consiste à généraliser la transparence des prix auxquels les ordres doivent pouvoir être exécutés.

¹¹⁶⁴ Actuellement il s'agit de l'art. L. 533-10,3 du Code monétaire et financier.

manière appropriée, les informations utiles dans le cadre des négociations avec leurs clients », cette obligation devant être appliquée en tenant compte de « *la compétence professionnelle, en matière de services d'investissement, de la personne à laquelle le service d'investissement est rendu* »¹¹⁶⁵.

605. La remise de la documentation est nécessaire mais pas suffisante. Il a été jugé par la Cour de cassation que la remise au client de la notice d'information visée par la Commission bancaire complétée d'une documentation publicitaire objective du produit permet de considérer que la banque a rempli son obligation d'information¹¹⁶⁶. Par conséquent, si l'un de ces documents n'a pas été remis ou lorsque l'un d'eux, la plaquette commerciale par exemple, insiste sur les avantages sans mentionner les inconvénients du produit, alors le prestataire de services d'investissement ne satisfait pas à son obligation d'information¹¹⁶⁷. Il appartient donc au banquier d'apporter la preuve de la remise effective des documents d'information car il est considéré que la remise de ces informations au client relève d'une obligation de résultat et non de moyens. En pratique, les actes de souscription comportent une mention selon laquelle le souscripteur déclare avoir pris connaissance de la documentation relative au produit en cause. En général, les juges du fond retiennent que cette mention suffit à déterminer que le client a effectivement reçu un exemplaire de la documentation visée. Par mesure de vigilance, le banquier doit être en mesure de démontrer sa diligence et, à cette fin, conserver la preuve de la remise effective de la documentation d'information au client.

606. Le banquier doit fournir une information exacte, claire et non trompeuse. Le banquier prestataire de services d'investissement est tenu de fournir une information exacte, claire et non trompeuse et, en cas d'un litige portant sur le défaut d'information, les juges analysent la documentation remise au client afin d'apprécier la qualité de l'information fournie au client par la banque, y compris le document publicitaire et la notice d'information. A cet égard, le banquier a une obligation de moyens : il doit faire tout le nécessaire pour fournir des informations exactes en fonction des éléments qu'il possède. Ainsi, il a été jugé qu'une publicité qui n'est ni incomplète, ni inexacte, ni trompeuse ne nécessite pas une information complémentaire de la part du banquier au titre de son obligation d'information¹¹⁶⁸. En revanche, manque à son obligation d'information la banque qui fournit au client une plaquette commerciale qui fait une présentation très valorisante et optimiste du produit, sans faire mention des risques et en laissant croire qu'aucune perte n'était à craindre¹¹⁶⁹. En droit français, la preuve de l'accomplissement de l'obligation d'information incombe au prestataire de services d'investissement, alors qu'en droit belge sur le même

¹¹⁶⁵ Voir l'ancien art. 58 de la loi n°96-597 du 2 juillet 1996 codifié, depuis le 1er janvier 2001, devenu l'ancien Art. L 533-4 du Code monétaire et financier.

¹¹⁶⁶ Cass. com., 15 mai 2007, n° 05-21-545, inédit.

¹¹⁶⁷ Voir par exemple Cass. com. 24 juin 2008, n° 06-21.798, inédit.

¹¹⁶⁸ Cass. com., 19 sept. 2006, 5 arrêts, *Banque et droit* 2006, n° 110, p. 27 ; *JCP* 2006 II 10201, obs. A. Gourio ; *D.* 2006, p. 2395.

¹¹⁶⁹ Cass. com., 24 juin 2008, n° 06-21.798 ; À ce propos, on notera que l'ancien art. 441-50 du Règlement général AMF, alors applicable et qui disposait que : "*la publicité des OPCVM doit être cohérente avec l'investissement proposé et mentionner, le cas échéant, les caractéristiques moins favorables et les risques inhérents aux options qui peuvent être le corollaire des avantages énoncés.*".

fondement (article 1315 du Code civil) il a été jugé que la charge de la preuve revient au client

b) L'obligation d'information légale introduite par la transposition de la directive MIF

La directive MIF a minutieusement détaillé l'obligation d'information pesant sur tous les prestataires de services d'investissement.

607. Contenu de l'information obligatoire consacrée par le législateur. Le banquier prestataire de services d'investissement doit renseigner son client sur lui-même et ses services¹¹⁷⁰, sur les instruments financiers et les stratégies d'investissement qu'il propose¹¹⁷¹ et sur les risques inhérents à ces instruments ou ces stratégies¹¹⁷²; sur les coûts et frais liés¹¹⁷³; sur les conditions du contrat de prestation de services d'investissement ou de services connexes¹¹⁷⁴; sur la catégorisation qui a été faite¹¹⁷⁵ et sur son droit à demander un changement de catégorie et, dans ce dernier cas, sur la validation ou non de ce changement.

608. Une obligation légale de fournir une information claire et non trompeuse. Prenant en compte les changements apportés par la transposition de la directive MIF, l'article L. 533-12 du Code monétaire et financier exige désormais que : *« toutes les informations, y compris les communications à caractère promotionnel, adressées par un prestataire de services d'investissement à des clients, notamment des clients potentiels, présentent un contenu exact, clair et non trompeur ». Concomitamment il prévoit que les informations doivent permettre « 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. »*

609. Dispositions du Règlement général AMF. Il est inutile de préciser que ces dispositions légales sont complétées par de nombreux articles du Règlement général AMF¹¹⁷⁶ ainsi que par la doctrine et la jurisprudence de cette autorité de tutelle¹¹⁷⁷. A titre d'exemple, et sans aucune prétention d'exhaustivité, nous pouvons notamment citer les règles suivantes :

¹¹⁷⁰ Voir art. 314-18-1° du Règlement général AMF cet art. étant complété par les art. 314-32 à 314-41

¹¹⁷¹ Voir l'art. 314-18-2° du Règlement général AMF ; A cet égard, il est tenu de remettre les prospectus (prospectus simplifié des OPCVM en application de l'art. 314-19 du Règlement général AMF ; prospectus d'un instrument ayant fait l'objet d'une offre publique : aux termes de l'art. 314-35 du Règlement général AMF).

¹¹⁷² Voir les art. 314-18-2°, 314-33 et 314-34 du Règlement général AMF.

¹¹⁷³ Voir art. 314-18-4° et 314-42 du Règlement général AMF.

¹¹⁷⁴ Voir art. 314-20 du Règlement général AMF.

¹¹⁷⁵ Voir art. 314-4 du Règlement général AMF.

¹¹⁷⁶ Voir notamment les art. 341-10 à 314-42 du Règlement général AMF.

¹¹⁷⁷ En ce qui concerne la doctrine de l'AMF, voir le "Guide de bonnes pratiques pour la rédaction des documents commerciaux" du 30 juillet 2009 sur le site internet de l'autorité.

- le banquier doit s'abstenir de mettre l'accent sur les avantages potentiels d'un service ou d'un instrument financier sans indiquer aussi, correctement et de façon très apparente, les risques éventuels correspondants¹¹⁷⁸ ;
- l'information doit être présentée d'une manière qui soit compréhensible pour un « investisseur moyen de la catégorie auquel elle s'adresse »¹¹⁷⁹ ;
- l'information ne doit pas minimiser ou cacher certains éléments, déclarations ou avertissements importants¹¹⁸⁰ ;
- les communications à caractère promotionnel doivent être identifiables et doivent être compatibles avec toutes les informations que le PSI fournit par ailleurs à ses clients¹¹⁸¹ ;
- les informations comparatives sont acceptées à condition qu'elles soient pertinentes et présentées de manière correcte et équilibrée¹¹⁸². Le banquier doit veiller à mentionner les principaux faits et hypothèses utilisés pour la comparaison, ainsi que les sources d'information utilisées pour cette comparaison¹¹⁸³ ;
- lorsque l'information contient des données sur les performances passées ou futures, le PSI doit faire figurer en bonne place un avertissement précisant notamment que les performances passées ne préjugent pas des performances futures¹¹⁸⁴ ;
- au cas où l'information se réfère à des indications de performances passées, celles-ci ne doivent pas être le thème central de l'information¹¹⁸⁵.

610. Conséquences de la superposition des normes. Cette courte présentation met en évidence la richesse des dispositions réglementaires en matière d'information des clients par le banquier prestataires de services d'investissement, ainsi que le chevauchement des sources civiles, légales et réglementaires en la matière. Un client qui veut attaquer la banque est tenté d'utiliser tous les moyens juridiques qui peuvent lui donner une chance de réussite. Il tentera d'invoquer les vices du consentement, l'obligation de bonne foi, les textes consommateurs, les textes réglementaires et les règles de bonne conduite. Ce chevauchement des textes a de nombreuses implications dont les plus importantes sont, à l'échelle du droit, le manque d'efficacité et de lisibilité des règles de droit et, à plus petite échelle, l'incertitude de l'étendue de la responsabilité du banquier. Mais ce n'est pas tout car souvent l'inflation législative est inversement proportionnelle à la protection réellement assurée. Sans s'attarder sur le sujet, mentionnons tout simplement, à titre d'exemple, qu'en matière de cautionnement aussi les excès de la protection sont souvent montrés de doigt, confirmant en effet que « *trop de*

¹¹⁷⁸ Art.314-11 du Règlement général AMF.

¹¹⁷⁹ Art. 314-11 du Règlement général AMF.

¹¹⁸⁰ Art. 314-11 du Règlement général AMF.

¹¹⁸¹ Art. L.533-12 du Code monétaire et financier et art. 314-29 du Règlement général AMF.

¹¹⁸² Art. 314-12 du Règlement général AMF.

¹¹⁸³ Art. 314-12 du Règlement général AMF.

¹¹⁸⁴ Art. 314-13, 314-14 et 314-15 du Règlement général AMF.

¹¹⁸⁵ Art. 314-13 du Règlement général AMF.

protection tue la protection »¹¹⁸⁶. Par ailleurs, la superposition des textes et normes, identiques en totalité ou seulement en partie, est nuisible à la sécurité juridique, ainsi qu'à la réputation et à l'attractivité du système juridique français. D'où la nécessité de donner une cohérence à l'ensemble des règles régissant les obligations d'information en droit bancaire. Il convient cependant de souligner que cette proposition devrait être accompagnée d'une modernisation du droit commun des contrats et d'une harmonisation des dispositions du droit spécial.

Voyons maintenant concrètement comment il faut analyser les risques juridiques bancaires liés au manquement d'information.

§2 Analyse des risques juridiques liés au non-respect de l'obligation d'information du banquier

611. Risques juridiques fréquents et extrêmes. Nous évoquerons deux types de risque juridique lié à la violation de l'obligation d'information. Plus précisément, il s'agit d'exposer brièvement la problématique des risques de fréquence (A) et ensuite, de présenter un risque juridique d'amplitude en matière de défaut d'information précontractuelle, associé à une pratique commerciale trompeuse (B).

A. Les risques juridiques fréquents

1. Description

612. Diversité des risques juridiques fréquents. Les établissements bancaires sont souvent confrontés à des réclamations ou litiges dans lesquels les clients particuliers expriment leur mécontentement à l'égard d'un prétendu défaut d'information. La typologie de ces risques juridiques fréquents est diverse. Ainsi, dans une perspective graduelle et en fonction des acteurs impliqués, on entend par risque fréquent tout d'abord les réclamations qui sont gérées par les opérationnels et qui, le plus souvent, sont résolues par un geste commercial. Ensuite, on peut faire référence aux réclamations complexes qui nécessitent l'implication des juristes de l'établissement, traitant les aspects les plus complexes, aboutissant à des transactions sous forme de protocoles d'accord entre la banque et les clients. Enfin on peut envisager les réclamations introduites auprès du Médiateur de chaque établissement ou auprès des autorités de contrôle, ainsi que les procès devant les cours inférieures.

¹¹⁸⁶ M. MEKKI « La protection de la caution : propos conclusif », *RD bancaire et fin.* 2012, dossier 43.

613. Omniprésence. Les risques juridiques attachés à l'obligation d'information du banquier à l'égard de sa clientèle particulière se caractérisent par leur transversalité, dans le sens où ils concernent à peu près tous les métiers bancaires : du financement des particuliers, aux moyens de paiements, en passant par les titres, l'épargne, la banque privée ou le commerce international. De là, il suit qu'il ne peut pas s'agir de dresser un état des lieux complet en la matière et, en effet, notre travail se propose, plus modestement, de mettre en lumière certains aspects révélateurs pour l'ensemble de la problématique.

614. Risques juridiques fréquents en matière de cautionnement¹¹⁸⁷. S'agissant des risques juridiques fréquents, le cautionnement « *aura offert à l'histoire du droit un exceptionnel exemple d'acharnement contentieux où tous les prétextes, toutes les ficelles et toutes les astuces ont été sollicités pour délivrer l'imprudente caution de son funeste engagement* »¹¹⁸⁸. Ainsi, en la matière, trois cas de figure continuent d'être régulièrement invoqués devant les juridictions : le défaut ou l'irrégularité de la mention manuscrite¹¹⁸⁹, de l'information annuelle¹¹⁹⁰ ou précontractuelle¹¹⁹¹. Etant donné que notre étude porte sur les risques

¹¹⁸⁷ En droit belge, tant la jurisprudence que la doctrine est plutôt favorable au banquier créancier dans les litiges qui l'oppose à la caution qui cherche à mettre en avant la violation d'une obligation précontractuelle d'information. Citons en ce sens J.-F. ROMAIN, « Le principe de la convention-loi (portée et limite) : réflexions au sujet d'un nouveau paradigme contractuel » n° 26 in M GRÉGOIRE; P.-A.FORIERS, M. VON KUEGELGEN ; R J.-F. ROMAIN; X. DIEUX ; P. VAN OMMESLAGHE, *Les obligations contractuelles*, édition du Jeune Barreau de Bruxelles, 2000 : « D'abord il est douteux que le contrat de cautionnement engendre en tant que tel, automatiquement, une obligation d'information due par le créancier à la caution, au sujet de la situation du débiteur principal. En pratique nulle autre partie que la caution n'est généralement mieux informée sur la situation du débiteur principal, à la conclusion de l'acte de cautionnement (...) ». Cependant cette affirmation doit être nuancée. Tout d'abord, en Belgique, le droit commun des contrats n'impose pas en principe une obligation de renseignement précontractuelle au banquier envers la caution, comme l'ont connu en France. Ensuite, il faut souligner que la doctrine et la jurisprudence belge n'excluent pas pour autant une telle obligation précontractuelle, fondée sur le principe de la bonne foi objective, mais « tout sera aussi question d'espèce et il faudra analyser la situation de base des parties, au regard de l'économie générale de l'acte de cautionnement, et les actes accomplis par la suite par le créancier et la caution. », J.-F. ROMAIN, « Le principe de la convention-loi (portée et limite) : réflexions au sujet d'un nouveau paradigme contractuel », *op. cit.*

¹¹⁸⁸ D. R. MARTIN, « Le cautionnement (encore le formalisme !) », *D.* 2013, 2420.

¹¹⁸⁹ Cass. com., 16 oct. 2012, n° 11-23623, *D.* 2012, 2509, obs. V. AVENA-ROBARDET, et *D.* 2013, 1708, obs. P. CROcq, avis de L. LE MESLE, av. gén., *Gaz. Pal.* 15 nov. 2012, p. 10 ; Cass. com., 5 avr. 2011, n° 09-14.358 (1^{re} espèce), *JurisData* n° 2011-005704 et Cass. com., 5 avr. 2011, n° 10-16.426 (2^e espèce), *JurisData* n° 2011-005689, obs. D. HOUTCIEFF, *RDC* 2011, n° 3, p. 906 ; Cass. 3^e civ., 14 sept. 2010, n° 09-14.001, *JurisData* n°2010-016102, obs. PH. SIMLER et PH. DELEBECQUE, *JCP E* 2011, 1251.

¹¹⁹⁰ Cass. 1^{re} civ., 17 nov. 1998, *JCP G* 1999, I, 116, n° 4, obs. Ph. SIMLER. ; Cass. com., 19 févr. 2008, n° 05-20.982, *RD bancaire et fin.* 2008, comm. 42, note D. LEGEAIS ; Cass. 1^{re} civ., 25 nov. 1997, *RD bancaire et fin.* 1998, p. 170, obs. F. CREDOT ; Cass. com., 17 oct. 2000, *JCP E* 2000, 1834, obs. P. Bouteiller ; Cass. 1^{re} civ., 2 oct. 2002, *JCP E* 2002, 1615 ; CA Poitiers, 2^e ch. civ., 6 juill. 2010, n° 08/01871, *JurisData* n° 2010-025952, *RD bancaire et fin.*, mai 2011, comm. 96, note A. CERLES.

¹¹⁹¹ Rien n'empêche une caution de s'engager valablement, en étant en connaissance de cause, pour garantir un débiteur déjà insolvable. En revanche, si le banquier cache la fragilité financière du débiteur principal, le banquier manque à son obligation d'information. Par conséquent, les juges et la doctrine considèrent que tout banquier normalement prudent et diligent doit éclairer la caution sur la situation du débiteur principal. Dans le cas inverse, il manque à son obligation précontractuelle de renseignement ou à son obligation de bonne foi. En ce sens, précisions que la Cour de cassation a décidé que la caution peut se prévaloir du manquement du banquier à son obligation de bonne foi dès lors qu'il connaissait la situation obérée du débiteur principal et qu'il avait omis d'en informer la caution ; Voir en ce sens : Cass. com., 11 mars 2003, *Coutant a. c/ CRCAM Centre-Ouest*, *Bull. Jolly* 2003, p. 635 ; Cass. 1^{re} civ. 8 juill. 2003, n° 01-

juridiques attachés aux obligations d'information, de mise en garde et de conseil, il convient de souligner que le cautionnement est l'exemple typique de garantie personnelle qui a engendré au cours des années un fort contentieux pour défaut d'information. En effet, poursuivies par la banque, les cautions invoquent le non-respect de l'obligation d'information¹¹⁹² concomitamment avec d'autres moyens, tels le non-respect de l'obligation de bonne foi¹¹⁹³ et les vices du consentement (dol¹¹⁹⁴, réticence dolosive¹¹⁹⁵, erreur sur la solvabilité du débiteur¹¹⁹⁶), pour tenter de résister au remboursement dû au titre de contrat de

02.664, *D. 2003*, AJ p. 2308, obs. V. AVENA-ROBARDET; Cass. 1^{re} civ., 16 mai 1995, *JCP G* 1996, II, 22736, note F. X. LUCAS.

¹¹⁹² A.-S. BARTHEZ, D. HOUTCIEFF, *Les sûretés personnelles*, J. GHESTIN (dir.), *Traité de droit civil*, LGDJ, 2010, n° 649 et ss.

¹¹⁹³ Il est de mauvaise foi, tant en droit français qu'en droit belge, de créditer le débiteur principal seulement parce pour la seule raison qu'il est garanti par une caution solvable : CA Versailles, 17 sept. 1998, Robialle c/ BNP, Lexbase, n° A7877C8A ; *Bull. Jolly* 1999, p. 245, note A. Couret; En droit belge: E. VAN DEN HAUTE, M. DREESEN, « Chronique de droit bancaire privé: Les opérations de banque (2007-2010) » in *Forum financier / Droit bancaire et financier* 2011/I 59 : « Conformément à une jurisprudence constante, il a été décidé à plusieurs reprises que le dispensateur de crédit ne peut, lors de l'octroi du crédit et de l'appréciation de la capacité de remboursement, se contenter de se baser sur les sûretés offertes par le crédit ou sur la solvabilité de la caution » ; E. VAN DEN HAUTE, M. DREESEN, « Chronique de droit bancaire », *Banque* 1999, n° 30 et *Dr. banc. fin.* 2003, n° 35 ; CA Mons 6 janvier 2010, *JLMB* 2010/20, p. 939.

¹¹⁹⁴ Le cautionnement est propice à des manœuvres dolosives et c'est pour cela que la théorie du dol constitue aujourd'hui l'un des moyens de défense privilégiés des cautions. Le dol peut être retenu en tant que vice du consentement si les conditions requises par l'art. 1116 du Code civil sont réunies : d'une part, il doit émaner du cocontractant, donc du créancier, et d'autre part, la caution doit rapporter la preuve de l'existence des manœuvres dolosives et de leur caractère déterminant. Pour s'en tenir au seul contrat de cautionnement, il faut souligner qu'il y a dol lorsqu'un créancier trompe sciemment son cocontractant ; V. en ce sens : C. VUILLEMIN GONZALES, « La réticence dolosive des établissements bancaires à l'égard des cautions, un manquement à l'obligation de contracter de bonne foi », *D.* 2001, p. 3338 ; P. CHAUVEL, « Cautionnement et réticence du banquier », in *Mélanges en l'honneur de Jean Stoufflet*, LGDJ, 2001, p. 33, D. LEGEAIS, *Sûretés et garanties du crédit*, 3e éd., LGDJ, 2002, p. 71 ; Cass. 1^{ère} civ. 20 juin 2000, *RD bancaire et fin.*, sept.- oct. 2000, comm. 194, obs. D. LEGEAIS ; Cass. com., 7 févr. 1983, *JCP* 1983, éd. E, I, 11502.

¹¹⁹⁵ Il convient de souligner que la Cour de cassation française a adopté une conception large de la notion de dol en sanctionnant le silence dolosif. Il s'agit d'une dissimulation qui porte d'habitude sur la situation financière du débiteur. Les juges retiennent la réticence dolosive dès lors que la banque n'informe pas les cautions, au moment de la conclusion du contrat, de la situation irrémédiablement compromise du débiteur, ou omet de leur signaler sa situation lourdement obérée. Cependant, la jurisprudence montre que ce n'est pas la seule hypothèse. Ainsi y a-t-il dol si le créancier cache à la caution le montant réel du prêt cautionné, le fait que l'autorisation de découvert ou le crédit affecté à la réalisation de travaux que la caution était censée garantir était en réalité destinée à résorber un solde débiteur du compte courant du débiteur. Il convient de souligner que le défaut d'information ne peut être constitutif de réticence dolosive que s'il a pour objet de déterminer la caution à s'engager et que la caution ne peut l'invoquer que si elle pouvait légitimement ignorer l'information retenue par le créancier. Voir en ce sens : R. ROUTIER, *op. cit.*, n° 331.12; Cass. com., 8 nov. 1983, n° 82-10.493, Cts Gogioso -Ciardi c/ Crédit Lyonnais, *Bull. civ. IV*, n° 298 ; *RTD com.* 1984, p. 501, obs. M. CABRILLAC et B. TEYSSIE; Cass. 1^{re} civ., 10 mai 1989, n° 87-14294, Epx. Pognand c/ CRCAM des Deux Sèvres, *Bull. Civ. I*, n° 187; *JCP G* 1989, II, 21363, note D. LEGEAIS; Cass. 1^{re} civ. 26 nov 1991, n° 90-164978, Epx Ricard c/ Banque Populaire de Bretagne-Atlantique, *Bull. Civ. I*, n° 331; *D* 1992, IR, p. 6; P. CHAUVEL « Cautionnement et réticence du banquier », *op.cit.*, p. 33; CA Rennes, 1^{re} ch. B, 30 mars 2007, RG n° 05/08266, Masson c/ Crédit Mutuel de l'Ouest, *Juris-Data* n° 338534; *JCP E* 2007, 2377, n° 22, note R. ROUTIER ; Cass. 1^{ère} civ., 13 févr. 1996, *JCP* 1996, IV, n° 798 ; *D.* 1996, somm. 265, obs. AYNES.

¹¹⁹⁶ Il faut d'abord distinguer d'une part la solvabilité future et d'autre part la solvabilité actuelle du débiteur principal. Quant à la solvabilité future, la caution ne peut pas l'invoquer pour voir son

cautionnement. Ce type de litige illustre le chevauchement des qualifications utilisable par la caution, le manque de prédictibilité et le caractère fluctuant de la jurisprudence en matière de qualification des cautions profanes et averties, les excès de la législation en matière d'information annuelle, ainsi que les difficultés en matière de preuve de l'exécution de l'obligation d'information envers la caution¹¹⁹⁷.

2. Cas avérés

615. Etude ACPR sur la protection de la clientèle. L'ACPR a mené une analyse, au titre de l'année 2011, sur le dispositif de contrôle interne et de la bonne application des règles de protection de la clientèle dans le secteur bancaire et de l'assurance, sur la base des déclarations de 389 établissements de crédit¹¹⁹⁸. Il apparaît que « *les trois quarts des établissements de crédit déclarent contrôler le respect des règles ou normes en matière de commercialisation et de protection des intérêts de la clientèle. Pour 60 % d'entre eux, le principal service en charge de ces contrôles n'est pas celui de la conformité, mais les responsabilités sont confiées à diverses directions opérationnelles* ». Le périmètre de l'étude est très large, concernant les protections de la clientèle en matière de crédit, de service de paiement, de dépôt, d'épargne et intermédiation en assurance. Par conséquent, cette analyse nous permet d'avoir une vision sur la typologie des problématiques soulevées par les réclamations de la clientèle particulière.

616. Volume des réclamations (selon l'étude ACPR). Dans ce contexte, il est utile de souligner que, dans le domaine bancaire, 7% des réclamations faisant l'objet d'une classification portent sur le défaut d'information et de conseil, soit 16 278 réclamations recensées dans l'étude de l'autorité de tutelle. Il est nécessaire de préciser que ces chiffres ne sont que la partie visible de l'iceberg, de nombreuses réclamations étant traitées au niveau local de l'agence et ne remontant pas aux services juridiques centraux ou au service de

engagement annulé puisque le risque d'insolvabilité future est la raison d'être du cautionnement. Il en va autrement pour la solvabilité actuelle du débiteur. La situation patrimoniale du débiteur au moment de la conclusion du contrat est un élément déterminant pour l'engagement de la caution. Si elle a cru le débiteur solvable et qu'elle s'est portée caution en vertu de cette circonstance, alors elle peut obtenir l'annulation du cautionnement. ; Cass. 1^{re} civ., 13 mai 2003, n° 01-11.511, Crédit industriel de l'Ouest c/Epx. Fouquet, *Bull. civ. I*, n° 114, *Bull. Joly* 2003, p. 909, obs. P. SCHOLER, *Banque et droit* sept.-oct. 2003, p.68, obs. F. JACOB et N. RONTCHEVSKY, *JCP G* 2003, II, 10144, note R. DESGORCES.

¹¹⁹⁷ Concernant la preuve de l'exécution par la banque de l'obligation d'information annuelle à l'égard des cautions, il a été depuis longtemps jugé que la production de listings informatiques est insuffisante : Cass. 1^{re} civ., 17 nov. 1998 : *JCP G* 1999, I, 116, n° 4, obs. Ph. SIMLER. - Cass. com., 19 févr. 2008, n° 05-20.982, *RD bancaire et fin.* 2008, comm. 42, note D. LEGEAIS. ; CA Poitiers, 2^e ch. civ., 6 juill. 2010, n° 08/01871, *JurisData* n° 2010-025952, *RD bancaire et fin.*, mai 2011, comm. 96, note A. CERLES.

¹¹⁹⁸ « Analyse des annexes au rapport de contrôle interne sur la bonne application des règles de protection de la clientèle » in *Revue de l'Autorité de contrôle prudentiel* (Revue de l'ACP) n° 11, février - mars 2013, p. disponible en ligne sur le site internet de l'Autorité : <http://www.acpr.banque-france.fr/publications/revue-de-lacpr.html> (page consultée le 13 juin 2013).

médiation¹¹⁹⁹. De surcroît, il apparaît que « *la cartographie des risques ne prend pas en compte les risques liés aux réclamations que pour 79 % des établissements* »¹²⁰⁰.

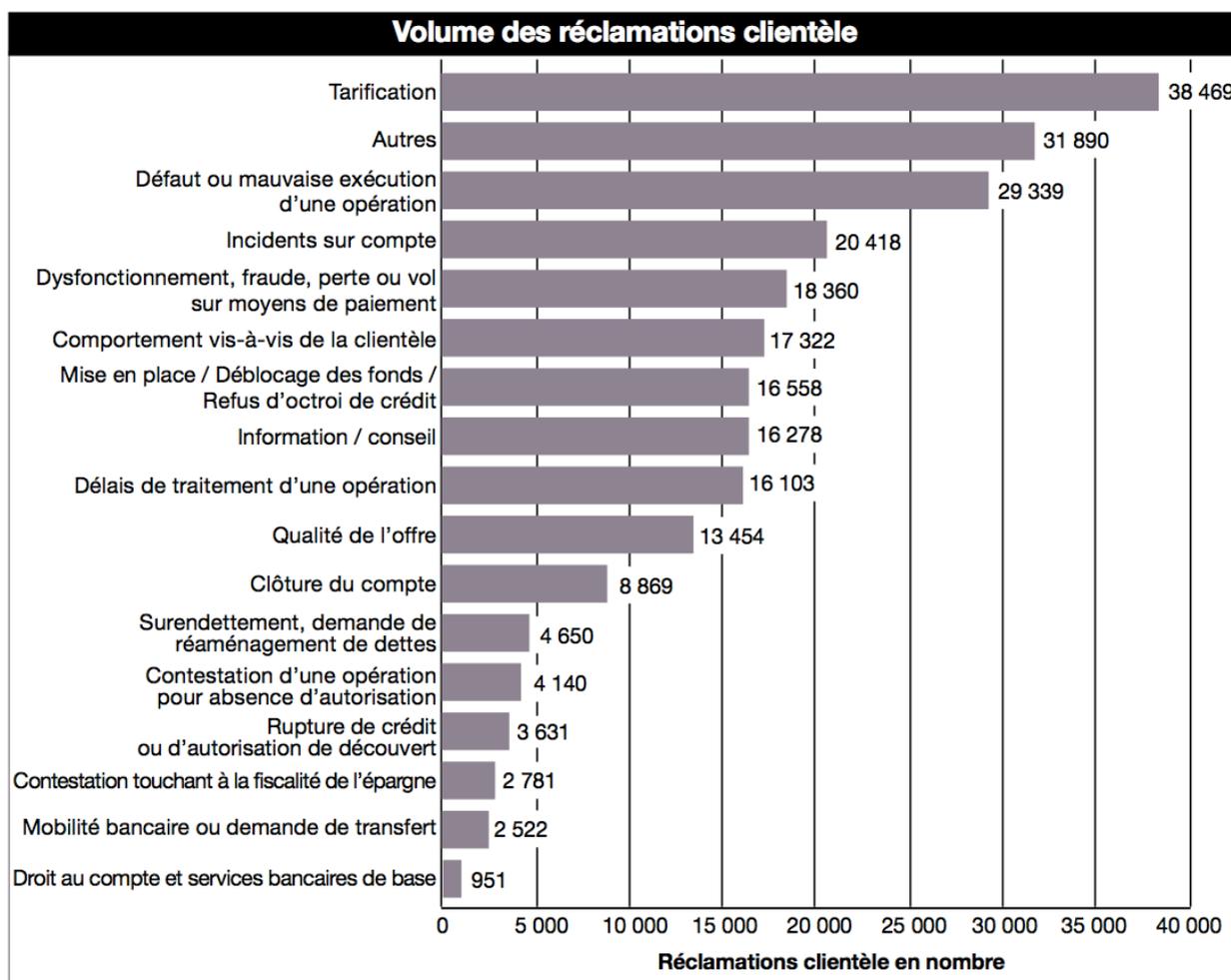


Figure n° 13 : Volume des réclamation clientèle, selon l'étude ACP¹²⁰¹

617. Volume des litiges en matière du défaut d'information de la caution personne physique. De surcroît, pour se faire une idée du volume des litiges en matière du défaut d'information en matière de cautionnement, sur les cinq dernières années, opposant une caution personne physique à une banque, il suffit de faire une recherche dans la base de données Légifrance (base de données juridiques gratuite) ou dans les bases de données juridiques payantes (Jurisdata, Dalloz, Lamy, etc.). Ainsi, après une recherche dans la base de

¹¹⁹⁹ *Ibidem*.

¹²⁰⁰ « Suite de l'analyse des annexes au rapport de contrôle interne sur la bonne application des règles de protection de la clientèle », *Revue de l'ACP*, n° 12, avril - mai 2013, p. 13 disponible en ligne sur le site internet de l'Autorité : <http://www.acpr.banque-france.fr/publications/revue-de-lacpr.html> (page consultée le 13 juin 2013).

¹²⁰¹ Source : *Revue de l'ACP* n° 12, avril - mai 2013.

données Jurisdata, effectué le 1^{er} novembre 2013, sur une période qui couvre les cinq dernières années (2008-2013), selon les mots clé « caution », « personne physique » et « défaut d'information », il ressort qu'il y a pas moins de 14 arrêts de la Cour de cassation et 119 arrêts de cours d'appel sur ce thème.

618. Défaut d'information - un risque fréquent. La classification des réclamations met en lumière que les banques ne font pas encore une distinction nette entre les obligations d'information, de mise en garde et de conseil, les litiges étant regroupés dans une catégorie large des manquements d'information et de conseil. Cette analyse confirme que le non-respect de l'obligation d'information représente un risque juridique fréquent pour les banques, même si les trois quarts des établissements de crédit déclarent contrôler le respect des règles ou normes en matière de commercialisation et de protection des intérêts de la clientèle.

619. Exemple tiré du Rapport du Médiateur auprès de la Société Générale. Ce constat est renforcé par l'analyse des rapports des Médiateurs bancaires. A titre d'exemple, dans le rapport du Médiateur de la Société Générale relatif à l'activité de médiation pour l'année 2011 nous pouvons constater que « *le manque d'information et de conseil, la qualité des services et la décision des agences sont les motifs les plus souvent invoqués lors des demandes de médiation.* »¹²⁰². Cela souligne l'importance de ces risques juridiques pour les banques en général.

¹²⁰² https://static.societegenerale.fr/ass/ASS/Repertoire_par_type_de_contenus/Fichiers_a_telecharger/rapport-mediateur.pdf

RÉPARTITION PAR GRIEFS DES DOSSIERS TRAITÉS PAR LE MÉDIATEUR

Famille de griefs	%	Nombre
Information/Conseil/Performance	31,5 %	90
Décision agence/Relationnel/Méthode commerciale	27,7 %	79
Dysfonctionnement/Opération contestée	27 %	77
Tarification	8,4 %	24
Autres ou absences de griefs	5,3 %	15

Le manque d'information et de conseil, la qualité des services et la décision des agences sont les motifs les plus souvent invoqués lors des demandes de médiation. Cela confirme l'importance de la bonne communication entre le client et le conseiller lors de la présentation du produit ou du service.

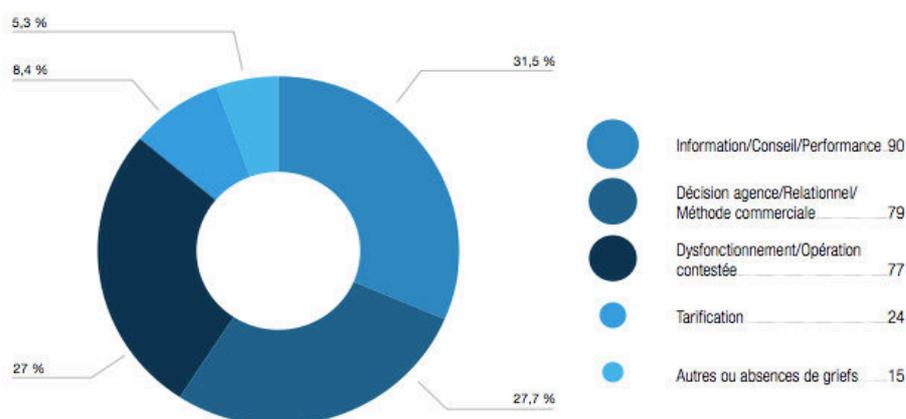


Figure n° 14: Répartition par griefs des dossiers traités par le Médiateur auprès de la Société Générale selon le Rapport 2011 du Médiateur

3. Causes

620. Causes internes et externes. S'agissant des risques juridiques fréquents attachés à l'obligation d'information en général, qu'elle soit précontractuelle ou contractuelle, il convient de remarquer qu'on peut distinguer entre les causes internes et externes à l'établissement de crédit en question.

621. Causes internes. Concernant les causes internes, il s'agit le plus probablement des dysfonctionnements des processus internes au niveau de chaque métier impliqué. Ainsi, à titre d'exemple, on peut évoquer les défaillances internes au sein de la commercialisation des produits bancaires, de la gestion des preuves, associés le plus probablement à une formation inadéquate des collaborateurs de l'établissement. En matière de preuve de l'exécution par la banque de l'obligation d'information annuelle à l'égard des cautions, il a été jugé à maintes

reprises qu'il ne suffit pas au banquier de produire devant les juges des listings informatiques pour rapporter la preuve du respect de l'article L. 313-22 du Code monétaire et financier¹²⁰³. Il faut en effet que l'établissement de crédit produise les copies des lettres envoyées ou au moins les listings informatiques de ces envois. Cette rigueur jurisprudentielle est cependant tempérée par le fait que les juges ne demandent pas que les banques prouvent que les cautions aient effectivement reçu la lettre informative¹²⁰⁴.

622. Causes externes. Quant aux causes externes, il convient de souligner que l'analyse des risques met en lumière plusieurs problématiques liées à l'état du droit positif actuel.

623. Revirements jurisprudentiels. Il faut observer que parfois les risques juridiques sont alimentés par des revirements jurisprudentiels défavorables et qui ne peuvent pas être anticipés par les juristes de la banque. A titre d'exemple, la jurisprudence a évolué en matière d'information des cautions car, au début, elle exigeait une information sur la situation irrémédiablement compromise¹²⁰⁵, pour ensuite l'étendre à une situation simplement obérée ou non viable du débiteur¹²⁰⁶. Des revirements jurisprudentiels ont pu être également observés en matière de sanctions, certains arrêts acceptant, en sus de la déchéance des intérêts, les dommages et intérêts au titre de la responsabilité contractuelle, malgré la position très claire en la matière de la jurisprudence actuelle qui refuse de cumuler la déchéance aux intérêts pour défaut d'information annuelle avec les règles de la responsabilité contractuelle.¹²⁰⁷ Un autre cas de revirement jurisprudentiel a marqué les esprits en matière d'erreur sur la solvabilité du débiteur. Historiquement, la jurisprudence¹²⁰⁸ a consacré depuis 1977 la solution selon laquelle les cautions ne peuvent être déliées de leur obligation pour erreur sur la solvabilité du débiteur principal au jour de leur engagement que si elles démontrent avoir fait de cette circonstance une condition de ce dernier. Mais, dans un arrêt du 1^{er} octobre 2002, la Chambre commerciale¹²⁰⁹ a pris en considération l'erreur sur la solvabilité, considérant que le caractère viable de l'entreprise était « *une condition déterminante de l'engagement de la caution* » et que la solvabilité du débiteur principal faisait l'objet d'une condition tacite de son engagement. Le banquier ne peut pas éviter sa responsabilité par l'introduction d'une clause d'indifférence qui énoncerait que « *les cautions ne font pas de la situation du cautionné la condition déterminante de leur engagement* »¹²¹⁰.

¹²⁰³ Cass. 1^{re} civ., 17 nov. 1998, *JCP G* 1999, I, 116, n°4, obs. Ph. SIMLER ; Cass. com., 19 févr. 2008, 05-20.982, *RD bancaire et fin.* 2008, comm. 42, note D. LEGEAIS.

¹²⁰⁴ Cass. 1^{re} civ., 25 nov. 1997, *RD bancaire et fin.* 1998, p. 170, obs. F. CREDOT ; Cass. com., 17 oct. 2000 : *JCP E* 2000, 1834, obs. P. BOUTEILLER ; Cass. 1^{re} civ., 2 oct. 2002 : *JCP E* 2002, 1615.

¹²⁰⁵ Cass. civ. 1^{re}, 10 mai 1989, *Bull. civ. I*, n° 187, *JCP* 1989, II, 21363, note D. LEGEAIS, *D.* 1990, somm., p. 385, obs. L. AYNES ; *RTD. Civ.* 1989, p. 738, note J. MESTRE.

¹²⁰⁶ Cass. com., 23 juin 1998, *Bull. civ. IV*, n° 208, *JCP E*, 1998, p. 1831, note D. LEGEAIS.

¹²⁰⁷ Y. PICOD, « Réflexions sur la sanction de l'obligation d'information bénéficiant aux cautions d'entreprise », *D.* 2002, p. 1971. ; V. BREMOND, « Le recours à la responsabilité civile de droit commun : miroir aux alouettes ? » *D.* 2003, chron. p. 1284 et s.

¹²⁰⁸ Cass. 1^{re} civ., 25 oct. 1977, *Bull. civ. I*, n° 388, Cass. com., 11 févr. 1986, *Bull. civ. IV*, n° 22.

¹²⁰⁹ Cass. com., 1^{er} oct. 2002, *D.* 2003, n°24, note Y. PICOD.

¹²¹⁰ Cass. 1^{re} civ., 13 mai 2003, n° 01-11.511, Crédit industriel de l'Ouest c/Epx. Fouquet, *Bull. civ. I*, n° 114, *Bull. Joly* 2003, p. 909, obs. P. SCHOLER, *Banque et droit sept.-oct.* 2003, p.68, obs. F. JACOB et N. RONTCHEVSKY, *JCP G* 2003, II, 10144, note R. DESGORCES.

624. Manque de prédictibilité de la qualification des parties. L'appréciation subjective du caractère profane ou averti des clients, y compris des cautions, effectuée par les juges du fond au cas par cas, contribue au manque de prédictibilité en matière de risque juridique.

Ainsi, il convient de rappeler qu'étant donné le caractère limité de l'obligation d'information en droit commun des contrats, les juridictions doivent apprécier le comportement et les connaissances des clients et des cautions. Classiquement, comme nous l'avons déjà montré, la doctrine et la jurisprudence opèrent une distinction entre les clients profanes et avertis ou entre la caution profane et celle professionnelle. Ainsi, à titre d'exemple, lorsque la caution est dirigeante, son ignorance ne peut être en principe légitime, sauf circonstances exceptionnelles. Cependant, l'évolution jurisprudentielle montre que ces circonstances exceptionnelles ne sont pas si peu nombreuses et nous assistons à une interprétation très favorable à la caution. Ainsi, pour la Cour de Cassation la seule qualification de caution dirigeante ne suffit plus pour la débouter. En principe il faut qu'elle soit avertie dans le domaine bancaire¹²¹¹. Néanmoins, le raisonnement des hauts magistrats peut parfois surprendre et nous nous demandons s'il reste des limites réellement applicables à l'obligation d'information. Dans ce contexte, nous citons un arrêt la Chambre commerciale, du 27 novembre 2007¹²¹², qui a sanctionné le défaut d'information « *indépendamment des connaissances que la caution avait pu avoir de la situation du débiteur* »¹²¹³.

625. Excès législatifs. A titre d'exemple, en matière d'information annuelle des cautions, la doctrine pointe du doigt « *la douceur de l'inflation législative sans cohérence d'ensemble* »¹²¹⁴. Les illustrations sont nombreuses. Tout d'abord, il s'agit d'une grande augmentation des dispositions au contenu et périmètre d'application similaires, mais qui reste en soi bénigne, dans le sens où, à part une superposition fâcheuse des mêmes règles, elle n'est pas porteuse des solutions contradictoires. C'est notamment l'exemple des « *articles L. 341-2 et L. 341-3 du Code de la consommation qui sont la réplique exacte, avec tous leurs défauts, des articles L. 313-7 et L. 313-8 du même code. Les premiers absorbent les seconds car leur champ d'application est beaucoup plus large* »¹²¹⁵.

¹²¹¹ R. ROUTIER, *op. cit.*, n° 331.12: « un ex-employé de banque qui ne peut valablement reprocher à la banque de ne pas l'avoir mis en garde contre les risques qu'il prenait », CA Paris, 29 avr. 2003, n° 2001/22332, Cognet ès qual. a. c/Crédit Lyonnais, Lexbase n° A6459DEX; « Mais toutes les expériences ne sont pas suffisantes. (...) Une même personne peut être tout à la fois bon commerçant et piètre financier, surtout lorsqu'il s'agit de gager l'avenir »; Pour un exemple de caution dirigeante profane, Cass. com. 19 nov. 2003, n° 01-00.205, Banque populaire BICS c/ Laude : la caution « lorsqu'elle s'est engagée (...) était âgée de 20 ans, coiffeuse débutante, qu'elle n'avait aucun patrimoine et que ses ressources étaient quasi inexistantes et que le fait qu'elle ait possédé 10% d'un capital de 50 000 francs et ait été qualifiée de directrice technique ne devait pas faire croire à un professionnel du crédit que cette caution, profane, était à même de remplir ses obligations. ».

¹²¹² Cass. com., 27 nov. 2007, n° 06-15.128, JurisData n° 2007-041626.

¹²¹³ M. MEKKI « La protection de la caution : propos conclusif », *RD bancaire et fin.*, sept. 2012, dossier n°43.

¹²¹⁴ *Ibidem.*

¹²¹⁵ *Ibidem.*

Ensuite, il convient de citer les textes qui, malgré le fait qu'ils régissent la même matière, se distinguent par un contenu différent¹²¹⁶. L'exemple classique est fourni par l'article 2293, alinéa 2, du Code civil et l'article L. 341-6 du Code de la consommation. Ils sont « *tous deux applicables aux cautions personnes physiques face à un établissement de crédit (créancier professionnel selon l'article L. 341-6) et concernant un cautionnement indéfini. Cependant, les exigences de fond sont différentes, l'article L. 341-6 étant plus exigeant en termes d'obligation d'information, qui porte notamment sur le terme ou la faculté de résiliation unilatérale. Dans le doute, c'est l'article au champ d'application le plus large qu'il faut alors privilégier. Mais alors, en cas de violation de l'obligation d'information annuelle faut-il y voir une violation de l'article 2293 du Code civil ou une violation de l'article L. 341-6 du Code de la consommation ?* »¹²¹⁷

Enfin, la doctrine a mis en évidence à plusieurs reprises la problématique des textes ayant un périmètre d'application identique, mais qui sont en revanche assortis des sanctions différentes. Ainsi, il convient de souligner que lorsque « *l'article L. 341-6 prévoit une déchéance des pénalités ou des intérêts de retard échus depuis la précédente information jusqu'à la nouvelle information, l'article L. 313-22 du Code monétaire et financier prévoit une autre sanction, la déchéance de tous les intérêts échus depuis la précédente information et l'imputation des paiements partiels sur le principal de la dette* »¹²¹⁸. Cette superposition partielle des textes est encore plus nocive pour la sécurité juridique, étant en effet un obstacle juridique dans la détermination de la sanction applicable en la matière.

4. Conséquences

626. Coût de la banque. Outre les gestes commerciaux, les remboursements partiels par voie de protocoles d'accord, et les sanctions juridiques, la quantification du risque juridique devrait prendre en compte les frais de justice et les coûts additionnels internes pour le traitement d'un dossier juridique complexe (nombre d'heures du travail supplémentaires, etc.).

627. Faible criticité. En matière de conséquences, la faible criticité, c'est-à-dire la forte fréquence associée à un coût relativement faible pour les établissements bancaires, s'explique par plusieurs facteurs.

628. Facteurs influençant la faible criticité des risques juridiques fréquents. Premièrement, la faible criticité des risques juridiques fréquents est l'effet naturel du développement des méthodes de résolution amiable des litiges au sein de la banque : le plus souvent, le mécontentement des clients sera apaisé par un geste commercial. Si le client, confronté à un préjudice assez important, souhaite obtenir la réparation de son préjudice, il

¹²¹⁶ A.-S. BARTHEZ, « Désordre dans les sources du contrat de cautionnement : l'exemple de l'information de la caution », *RDC* 2008, n° 2, p. 587.

¹²¹⁷ M. MEKKI « La protection de la caution : propos conclusif », *op. cit.*

¹²¹⁸ *Ibidem.*

fera le plus probablement une réclamation auprès de la banque ou du médiateur bancaire (si la demande est éligible, selon les critères de la médiation bancaire). Ainsi, les risques juridiques de la banque n'entraînent pas des coûts très importants, ce genre de litiges finissant le plus souvent par un remboursement partiel et donc par l'évitement d'une sanction civile et du coût du procès.

Deuxièmement, même dans l'hypothèse où, à titre individuel, le client ou la caution cherchera par voie judiciaire soit l'annulation du contrat, soit une indemnisation de ses dommages, les deux demandes étant cumulables, la banque ne risque pas énormément du point de vue financier. Tout d'abord, l'utilisation du concept de perte de chance aboutit le plus souvent à un remboursement partiel du préjudice. Ensuite, dans de nombreuses situations de défaut d'information en matière de cautionnement, les juges « *n'admettent la mise en œuvre d'une action en responsabilité en plus de la déchéance que dans les cas exceptionnels de faute lourde ou de dol¹²¹⁹ ou lorsqu'une faute distincte du seul défaut d'information aura pu être établie* »¹²²⁰. Ajoutons à cela que le montant du préjudice est souvent un élément dissuasif pour les clients qui préfèrent soit de ne pas aller en justice, soit de s'arrêter au niveau des juridictions de premier degré.

Un autre facteur qui est favorable aux banquiers consiste dans l'exigence de concentration de tous les moyens de défense qui pourraient être utilisés par la caution. Ainsi, la Cour de cassation¹²²¹ a débouté une caution qui avait introduit une deuxième demande en vue d'obtenir des dommages et intérêts, au nom de l'autorité de chose jugée. Pourtant, dans la pratique, il est difficile parfois de distinguer le nouveau moyen de défense de la nouvelle demande, surtout parce que la Cour de cassation a tendance à opposer l'autorité de chose jugée même dans des situations contestables du point de vue de la doctrine¹²²².

5. Contrôles

629. Contrôles internes. Le risque juridique en tant que subdivision du risque opérationnel peut être contrôlé par la fonction « Juridique » chargée, entre autres, de mettre en garde les forces de vente des risques encourus, mais également par la fonction « Conformité » qui est chargée de veiller au respect des bonnes pratiques de commercialisation et à la primauté de l'intérêt du client. A ces contrôles s'ajoutent bien évidemment les audits et la mise à jour annuelle des analyses de risques.

¹²¹⁹ Cass. com., 26 juin 2001, n° 98-13.629, JurisData n° 2001-010522.

¹²²⁰ M. MEKKI « La protection de la caution : propos conclusif », *op.cit.* ; Cass. 1^{re} civ., 4 févr. 2003, *Contrats, conc. consom.* 2003, comm. 83.

¹²²¹ Cass. 1^{re} civ., 1^{er} juill. 2010, n° 09-10.364; Cass. com., 25 oct. 2011, n° 10-21.383, *RD bancaire et fin.* 2012, comm. 14, obs. D. LEGEAIS.

¹²²² M. MEKKI « La protection de la caution : propos conclusif », *op.cit.*

6. Stratégies / Propositions

630. Stratégies. Chaque banque a le choix entre plusieurs stratégies, en fonction de la criticité de ses risques juridiques liés au défaut d'information. L'établissement peut ainsi décider de les accepter, les éviter ou les limiter. Mais il faut souligner que chacune de ces stratégies a un coût. Dans l'hypothèse où la criticité de ce genre de risque est très élevée, elle n'aura d'autre choix que de l'éviter ou de le limiter. Par conséquent, l'évitement pourrait se traduire dans la sélection plus rigoureuse de la clientèle et le refus de certaines opérations, ce qui est en soi une renonciation à des revenus futurs. Une stratégie de limitation de ce type de risque juridique peut consister en l'adoption de pratiques bancaires qui ne distinguent plus entre la caution profane et avertie, des efforts de sensibilisation et formation des conseillers de clientèle, des investissements dans des outils informatiques mieux adaptés aux besoins des commerciaux, l'augmentation des contrôles, etc. Si, en revanche, l'établissement veut accepter ce type de risque car il est plutôt faible, alors il devra immobiliser les fonds propres nécessaires.

Si le risque juridique présente une probabilité faible, la banque acceptera en principe de supporter directement le coût, s'il reste raisonnable. En revanche, si la probabilité d'intervention est élevée, elle cherchera à l'éviter ou en tout cas à le réduire. C'est la sensibilité au risque de l'établissement qui déterminera en effet l'adoption de l'une de ces stratégies.

631. Propositions de réduction /contrôle des risques en interne. Cette rubrique est censée être utilisée par les juristes des établissements bancaires dans leur analyses internes pour proposer des mesures de réduction des risques : ils peuvent déceler des contrôles inefficaces ou des défaillances dans les processus d'archivage des preuves, voire de la formation des collaborateurs, etc. et proposer des mesures adaptées pour diminuer les risques.

632. Propositions concernant la politique législative. Etant donné que nous avons identifié plusieurs causes externes des risques juridiques fréquents, afin d'y remédier et de renforcer la sécurité juridique, nous acquiesçons à la proposition d'unification et de simplification des obligations d'information en matière de cautionnement déjà faite par le rapport Grimaldi¹²²³ et réitérée depuis par la doctrine à de nombreuses occasions. Il convient de « *remédier à cette pulvérisation des obligations d'information que les efforts de la jurisprudence n'ont pas suffi pas à canaliser : article L. 313-22 du Code monétaire et financier, article 313-9 du Code de la consommation, article 47 II de la loi de 1994, article 2293, alinéa 2, du Code civil, article L. 341-1 du Code de la consommation. Leur contenu, leur sanction, leur champ d'application sont différents. Il convient d'encourager une unification de l'obligation d'information, en commençant par l'obligation d'information annuelle pour laquelle la multitude de fondements*

¹²²³ Rapport du Groupe de travail relatif à la réforme du droit des sûretés, présidé par M. GRIMALDI, 2005, voir notamment l'art. 2307 ; <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/054000230/0000.pdf> (page consultée le 16 octobre 2013)

*ne se justifie pas, préconisation déjà faite par la Commission Grimaldi au sein d'un article 2307 du Code civil »*¹²²⁴.

En conclusion, à partir des rapports de médiation et de l'analyse effectuée par l'ACPR, il apparaît que l'information représente une problématique fréquente et essentielle pour la gestion du risque juridique d'une banque. Cependant, au-delà des risques juridiques fréquents et peu coûteux, représentés par les réclamations des clients, la banque peut être confrontée à des risques juridiques d'amplitude ou majeurs.

B. Un exemple de risque juridique d'amplitude: les clients se retournent contre la banque pour dé faut d'information précontractuelle et pratique commerciale trompeuse

633. Risque d'amplitude et méthode des scénarios. Pour évaluer le risque juridique, il ne faut pas considérer seulement les risques fréquents et les incidents avérés. Il convient également d'anticiper la probabilité et le coût d'un risque d'amplitude. Le principal obstacle dans l'évaluation d'un tel risque majeur consiste dans l'absence des cas avérés en interne. Mais l'absence de données internes ne signifie pas qu'un risque juridique d'amplitude est impossible. Au contraire, le législateur impose au banquier d'évaluer « *leur exposition aux événements extrêmes* »¹²²⁵. Par conséquent, les banques doivent recourir à une méthode d'analyse des risques (y compris juridiques) fondée sur des scénarios qui prennent en compte les avis d'experts et les données externes. La méthode des scénarios suppose de créer par la pensée et l'imagination des situations complexes à venir. Elle est notamment pratiquée lorsque l'analyste de risque évalue l'exposition de la banque à des pertes peu fréquentes, mais potentiellement lourdes. Le scénario doit prendre en considération des causes et des conséquences tout à fait plausibles et raisonnables car au terme de la loi ce type d'évaluation doit être « *périodiquement validée et revue au regard des pertes internes ou externes constatées afin de s'assurer de leur fiabilité* »¹²²⁶, faisant aussi l'objet des contrôles de la part des autorités de tutelles.

¹²²⁴ M. MEKKI « La protection de la caution : propos conclusif », *op.cit.*

¹²²⁵ L'art. 370 de l'arrêté du 20 février 2007 qui dispose que « *pour évaluer leur exposition aux événements extrêmes* », les banques « recourent à l'analyse de scénarios fondés sur des avis d'experts et s'appuyant sur des données externes. Ces évaluations sont périodiquement validées et revues au regard des pertes internes ou externes constatées afin de s'assurer de leur fiabilité. »

¹²²⁶ *ibidem.*

1. Description

634. Scénario : mise en cause de la banque à grande échelle pour défaut d'information précontractuelle. Le scénario envisage la mise en cause de la banque pour défaut d'information et existence de brochures publicitaires de nature à induire le client en erreur. Les plaquettes ne permettraient pas au client d'appréhender la totalité des frais et risques afférents au service bancaire commercialisé, l'information trompeuse s'inscrivant dans une politique de commercialisation organisée par la banque. Ce scénario associe ainsi deux problématiques : l'information de nature à induire en erreur qui peut donner lieu à une sanction pénale et le défaut d'information sur les caractéristiques du produit bancaire. On se trouve ici dans un cas complexe de risque juridique car comportant une part subjective très importante. L'interprétation d'un document publicitaire peut en effet varier entre la banque, le client, le magistrat et les autorités de tutelle.

635. Prémisses. Dans le contexte de l'introduction de l'action de groupe en droit français¹²²⁷ un nombre important des clients pourraient mettre en cause la responsabilité de la Banque en faisant de la transparence une question de principe. Ce scénario implique un cumul de responsabilités : pénale, civile, disciplinaire. L'ACPR, voire l'AMF peuvent être saisies par les clients ou les associations de consommateurs¹²²⁸. Mais c'est l'ACPR, qui veille sur le respect de la réglementation en matière de publicité pour tous les secteurs et produits confondus. Ainsi, en 2012, sur 5 mois, il y a eu 1 667 communications publicitaires analysées et 27 interventions de la part de l'autorité de surveillance¹²²⁹. En plus, il faut prendre en compte l'hypothèse d'une saisie de la Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes (DGCCRF) et une éventuelle sanction de sa part.

¹²²⁷ Voir art. L 423-1 à L 423-26 du Code de la consommation ; Sur l'introduction de l'action groupe en droit français : M. BACACHE, « Introduction de l'action de groupe en droit français. A propos de la loi n° 2014-344 du 17 mars 2014, *JCP G*, 2014, act. 377 ; N. MATHEY et J. WERNER, « La loi relative à la consommation. Aspects de droit bancaire », *op. cit.* ; K. HAERI et B. JAVAUX, « Libres propos », *JCP G* 2014, act. 375 ; G. RAYMOND, « Aperçu rapide », *JCP E*, act. 213 ; D. MAINGUY et M. DEPINCE, *JCP E* 2014, étude 1114 ; S. PIEDELIEVRE, *JCP E* 2014, étude 1176 ; « Sur la voie de l'action de groupe », Colloque, *Gaz. Pal.*, n°s 135 et 136, du 15 et 16 mai 2013 ; A.-S.D. MAINGUY, M. DEPINCE, « Pour l'action de groupe en droit français », *JCP E*, n° 20, 1^{er} mai 2013 : « Un nouveau projet de loi propose d'introduire le principe d'une action de groupe en droit français. C'est le quatrième projet ou proposition, depuis début 2005, qui semble cette fois très sérieusement engagé ».

¹²²⁸ Art. L. 612-1 et L. 612-47 du code monétaire et financier ; L'ACPR contrôle le respect des règles législatives et réglementaires encadrant la publicité. Ce contrôle vise la publicité pour tous produits et contrats distribués par les banques, ainsi que tous les supports de communication.

¹²²⁹ Source : Site internet ACPR.

2. Cas avérés

636. Spécificité des risques d'amplitude : la difficile identification des cas avérés. Jusqu'à ce jour, la Cour de cassation n'a pas eu l'occasion de se prononcer sur cette problématique en matière bancaire. Cependant, une affaire illustre le potentiel de ce risque juridique d'amplitude. Il s'agit de l'affaire des fonds communs de placement « Bénéfic » commercialisés par La Poste en 1999 et 2000. En l'espèce, suite à une évolution négative de la bourse, un grand nombre de souscripteurs ont mis en cause la banque à la fois pour défaut d'information et de conseil et pour publicité trompeuse. Ils avaient introduit à l'époque des recours devant l'AMF et devant les juridictions civiles et pénales, mais sans gain de cause, car au final la responsabilité de la banque pour violation de l'obligation d'information et de conseil n'a pas été retenue par la Cour de cassation. En ce qui concerne le délit de publicité trompeuse, la Cour d'appel de Paris a débouté à son tour les demandeurs¹²³⁰.

637. Affaires médiatisées en France. Ces dernières années, quelques affaires médiatisées ont donné lieu à des condamnations de banques pour publicité trompeuse par des juridictions de premier degré (Tribunaux correctionnels, Tribunaux de première instance).

A titre d'exemple, mentionnons la condamnation de la Caisse d'épargne Loire-Drôme-Ardèche à une amende de 40 000 euros pour « publicité mensongère » par le tribunal correctionnel de Saint-Etienne¹²³¹. Selon le journal *Le Monde* du 13 décembre 2012, « *les clients avaient souscrit le produit de placement "Doubl'Ô Monde" en espérant doubler leur capital en six ans "en toute sérénité", comme mis en avant par la plaquette publicitaire. Six ans plus tard, les investisseurs ont tout juste récupéré leur capital réduit des frais bancaires.*

¹²³⁰ CA Paris, 13^e ch., 27 sept. 2006; sur l'affaire BENEFIC, voir *RTD Com.* 2006 p. 870, obs. M. STORCK : « la 13^e chambre de la Cour d'appel de Paris a estimé dans un arrêt du 27 septembre 2006 que La Poste ne s'était pas rendue coupable de publicité de nature à induire en erreur les épargnants, en vantant les mérites de son fonds à promesse Bénéfic entre octobre et décembre 1999. Déboutant 298 épargnants regroupés au sein de l'AFUB (V. le site www.afub.org), elle a ainsi considéré qu'à l'époque des faits la responsabilité de La Poste personne morale n'était pas engagée et a relaxé le président du directoire de La Banque Postale. La cour d'appel considère que « malgré les affirmations des plaignants, le prospectus litigieux, qui décrivait parfaitement les caractéristiques du produit Bénéfic, faisait nettement apparaître que le capital n'était garanti que jusqu'à 23 % de baisse du CAC... et ... que l'absence de mention précise selon laquelle une baisse importante du CAC 40 peut entraîner une perte pour l'investisseur ne peut caractériser le délit de fausse publicité ».

¹²³¹ Jugement du tribunal correctionnel du 13 décembre 2012 n°2578/2012 ; Plusieurs articles ont été publiés dans la presse française : « La Caisse d'épargne condamnée pour "publicité mensongère" sur des placements », *Le Monde.fr*, 13 décembre 2012, http://www.lemonde.fr/argent/art./2012/12/13/la-caisse-d-epargne-condamnee-pour-publicite-mensongere-sur-des-placements_1806246_1657007.html (page consultée le 16 juillet 2013) ; A.-H. Pommier, « La Caisse d'épargne dénoncée pour publicité mensongère », *Le Figaro*, 6 juillet 2010, <http://www.lefigaro.fr/placement/2010/07/06/05006-20100706ARTFIG00337-la-caisse-d-epargne-denoncee-pour-publicite-mensongere.php> (page consultée le 16 juillet 2013) ; Voir également : M. STORCK, « Le rôle et la portée de la publicité dans la commercialisation d'instruments financiers », *JBB*, 2014, n° 3, p. 175 ; F.-J. CREDOT et E. JOUFFIN, « Produits financiers et publicité trompeuse. Fonds à promesse et pratiques commerciales déloyales, les risques d'un délit occulte. A propos du jugement du tribunal correctionnel de Saint-Etienne du 13 décembre 2012 », *Journ. sociétés*, 2013, mars, p. 53.

La Caisse d'épargne devra aussi verser 5 000 euros à l'UFC-Que choisir et de 450 à près de 7 000 euros à une quinzaine de plaignants, soit 15 % des montants qu'ils avaient chacun investis ». " Selon les associations de protection de consommateurs AFUB (Association française des usagers de banques) et UFC - Que choisir ce produit d'épargne avaient été souscrit par 266 000 clients, entre juillet 2001 et avril 2002, dont 6 000 ont porté plainte.¹²³²

Dans l'investigation de cette affaire plusieurs autorités de contrôle ont été impliquées, dont l'AMF qui a estimé que la publicité n'était pas cohérente avec l'investissement proposé, considérant que la mention du « doublement du capital » a été de nature à induire en erreur les épargnants souscripteurs. De surcroît, la DGCCRF a rendu un rapport qui n'est pas favorable à la banque, estimant à son tour qu'il « *convient de retenir la responsabilité de la banque pour pratique commerciale trompeuse* »¹²³³.

Un autre exemple en la matière concerne la condamnation par le tribunal correctionnel de Nanterre de la société Cortal Consors, filiale de courtage de BNP Paribas, à une amende de 180 000 euros pour publicité mensongère à propos d'un produit financier présenté comme gratuit et qu'elle avait finalement fait payer à ses clients.¹²³⁴

638. Affaires médiatisées en Belgique. La même tendance peut être observée en Belgique où le tribunal correctionnel de Bruxelles a condamné Citibank pour publicité trompeuse lors du placement de produits structurés émis par la banque américaine Lehman Brothers¹²³⁵. Les clients ont mis en cause la banque également pour violation de l'obligation d'information. Même si la Cour d'appel de Bruxelles (arrêt du 21 mai 2002) a débouté les clients et a acquitté le directeur financier de la banque du chef de publicité trompeuse relative à des produits de placements, le jugement en première instance ouvre la voie à d'autres contestations possibles.

¹²³² *Ibidem*.

¹²³³ A.-H. POMMIER, « La Caisse d'épargne dénoncée pour publicité mensongère », *Le Figaro*, 6 juillet 2010, <http://www.lefigaro.fr/placement/2010/07/06/05006-20100706ARTFIG00337-la-caisse-d-epargne-denoncee-pour-publicite-mensongere.php> (page consultée le 16 juillet 2013).

¹²³⁴ « Cortal condamnée pour publicité mensongère », Portail internet LCI /TF1 News, 20 sept. 2005, <http://lci.tf1.fr/economie/2005-09/cortal-condamnee-pour-publicite-mensongere-4877501.html> (page consultée le 22 juin 2012).

¹²³⁵ « Citibank: le tribunal condamne la banque pour publicité trompeuse », *Le Vif /L'express*, 1er décembre 2010, <http://www.levif.be/info/belga-generique/citibank-le-tribunal-condamne-la-banque-pour-publicite-trompeuse/art.-1194880736004.htm> (page consultée le 16 juillet 2013).

3. Causes

639. Causes internes. L'analyse du risque peut déceler plusieurs causes dont les plus probables dans ce scénario seront la présence d'un descriptif non exhaustif des caractéristiques du produit/service bancaire, une formulation complexe, le non-respect du circuit de validation des supports de commercialisation et/ou la communication défectueuse entre les services conformité, juridique et marketing.

4. Conséquences

640. Facteurs importants : nombre des clients concernés, leur comportement et médiatisation de l'affaire. En termes de risque opérationnel, les conséquences peuvent être lourdes pour la banque, en fonction du nombre de clients concernés par la campagne de commercialisation et de la médiatisation de l'affaire.

Ce genre d'affaires arrive rarement devant les juges car les banques ont tendance à traiter en interne les réclamations des clients présentant un fort risque juridique, en proposant des transactions afin de rembourser les clients par des protocoles d'accord. Cette démarche s'inscrit dans la stratégie de gestion du risque opérationnel de nature juridique afin d'éviter des condamnations pénales, civiles et disciplinaires qui pourraient avoir de surcroît un fort impact sur le risque d'image de la banque. Les autorités de tutelle (ACPR et AMF) encouragent les banques à régler à l'amiable les litiges qui peuvent naître avec leurs clients. Le service de médiation de l'AMF est d'ailleurs intervenu dans le traitement des réclamations introduites par les clients mécontents ayant souscrit des fonds Bénéfic¹²³⁶.

641. Arbre d'événements. Cependant, il se peut que les clients fassent une question de principe et que la banque ne parvienne pas à les dissuader tous de porter l'affaire devant les tribunaux, malgré les transactions proposées (via des protocoles d'accord). Le scénario envisage que la grande majorité se regroupe en se faisant assister par une association de consommateurs. Les différents cheminements possibles peuvent être modélisés dans un arbre d'événements.

¹²³⁶ Voir AMF, « Rapport du médiateur » in *Rapport annuel de l'AMF* pour 2004, p. 205.

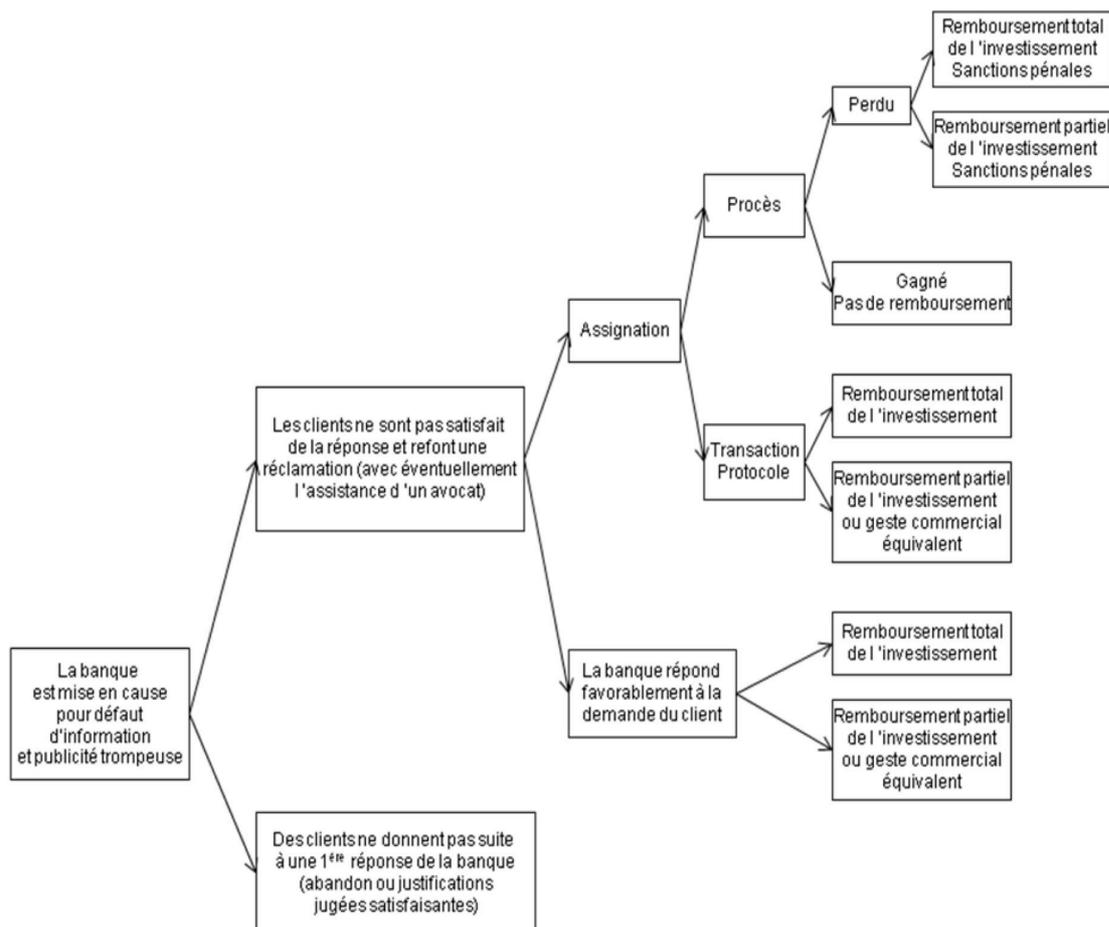


Figure n° 15 : Arbre d'événements pour défaut d'information (risque d'amplitude)

Cet arbre d'événements est un instrument utile pour l'analyse quantitative des risques opérationnel, y compris pour ceux de nature juridique. Sur avis des juristes et autres experts, les analystes de risques pourront attribuer des probabilités de passage d'une branche à l'autre.

642. Conséquences potentielles. Dans le calcul des coûts, ils tiendront compte des sanctions (pénales, civiles, disciplinaires)¹²³⁷, du coût de traitement des réclamations, des coûts juridiques indirects (rémunération des avocats sollicités), des frais de justice, montant des éventuelles transactions. La direction juridique de chaque banque devrait solliciter les moyens nécessaires pour avoir des statistiques adaptés à la spécificité du métiers : nombre de réclamation, motif, solution, montant transigé, coûts, nombre d'heures pour un dossier complexe, etc.

¹²³⁷ Voir *infra* n° 362 et ss.

5. Propositions

Il reviendra à chaque établissement de prendre les mesures nécessaires pour limiter un risque juridique d'amplitude. En ce sens, il faudra mettre en place avec rapidité et efficacité les recommandations faites par les régulateurs¹²³⁸, renforcer les contrôles juridique et de conformité et favoriser la résolution amiable des litiges.

Nous allons analyser maintenant l'obligation de mise en garde du banquier et les risques juridiques afférents.

Section II : L'obligation de mise en garde du banquier envers ses clients

643. Nouveau chef de responsabilité bancaire. Le rôle créateur de la jurisprudence au nom de la bonne foi et de l'équité et son influence sur le législateur sont particulièrement mis en évidence par la consécration de l'obligation de mise en garde du banquier à l'égard de l'emprunteur, de la caution et de l'investisseur. Cette obligation d'origine jurisprudentielle a été confirmée et imposée ultérieurement par des textes législatifs. Obligation autonome, la mise en garde se distingue de l'obligation d'information et de conseil, ayant un contenu, des conditions d'existence et un champ d'application propres. Par ailleurs, ce nouveau chef de responsabilité bancaire présente un grand intérêt pour la gestion des risques juridiques. Nous allons voir qu'au-delà des difficultés pratiques liées à la mise en place d'une alerte personnalisée pour les emprunteurs profanes, les juristes bancaires se heurtent à l'incertitude induite notamment par l'appréciation subjective du clivage emprunteur profane – averti. Mais avant de procéder à l'analyse des risques (§2), nous allons présenter succinctement les règles qui gouvernent l'existence et l'exécution de l'obligation de mise en garde (§1).

§1 Existence et exécution de l'obligation de mise en garde du banquier

644. Autonomie et singularité de l'obligation de mise en garde. L'autonomie et la singularité de l'obligation de mise en garde sont les conséquences conjuguées de plusieurs

¹²³⁸ Citons en ce sens les *Recommandation* n° 2011-R-02 du 23 mars 2011 de l'Autorité de contrôle prudentiel portant sur les communications à caractère publicitaire des contrats d'assurance vie en unités de compte composées de titres obligataires et autres titres de créance.

facteurs qu'on analysera dans les pages qui suivent. La mise en garde « *s'intercale* »¹²³⁹ entre l'obligation d'information et celle de conseil et présente à la fois des aspects novateurs et communs aux deux autres obligations que nous mettrons en évidence en suivant un plan similaire à celui consacré à l'obligation d'information : notion (A), typologie (B), conditions d'existence (C), preuve (D) et sanctions (E).

A. Notion

645. Objet précis. Si l'obligation d'information concerne la transmission des informations à caractère neutre, l'obligation de mise en garde ne se limite pas à la simple transmission des informations dépersonnalisées, mais impose au banquier d'analyser la situation personnelle de ses clients afin d'être en mesure, en fonction de circonstances, de déconseiller l'opération envisagée par le client, car étant dangereuse pour sa solvabilité future ou pour son patrimoine. C'est la raison pour laquelle une partie de la doctrine y voit un véritable conseil négatif¹²⁴⁰, c'est-à-dire « *un conseil de ne pas faire, accompagné de l'explication des dangers ou simplement des inconvénients encourus si ce conseil n'est pas suivi* ». ¹²⁴¹ Très proche de l'obligation de conseil, la mise en garde s'en distingue cependant. L'obligation de conseil est encore plus sévère à l'égard du banquier, en lui imposant ponctuellement d'orienter le client et de respecter la primauté absolue des intérêts du client : faire tout ce qu'on peut demander à un banquier prudent et diligent afin que l'objectif fixé par le client soit atteint.

Ainsi, « *l'obligation de mise en garde se situe, théoriquement, en-deçà du devoir de conseil et consiste pour le banquier à attirer l'attention de son client sur les risques et aspects négatifs du prêt proposé. Il ne s'agit plus d'orienter l'emprunteur mais seulement de l'avertir des risques qu'il prend, d'attirer son attention sur le ou les aspects négatifs du crédit que la banque lui propose. Si l'emprunteur a été mis en garde et que le risque se réalise, le banquier ne verra pas sa responsabilité engagée.* »¹²⁴²

646. Définition. M. Routier définit la mise en garde comme étant une « *mesure de défense, destinée à assurer la sécurité d'une opération susceptible d'être compromise par une menace déjà perceptible* », visant « *donc à prévenir non pas tous les risques, et encore moins ceux qui ne sont qu'hypothétiques* »¹²⁴³, mais les risques qui ne peuvent – et ne doivent pas – être négligés. D'autres auteurs la définissent par rapport à son champ d'application et y voient « *le fait d'attirer l'attention du client profane sur le ou les aspects négatif du crédit qu'il lui*

¹²³⁹ R. ROUTIER, *op. cit.*, n° 361.13.

¹²⁴⁰ V. CHRISTIANOS, *Conseil, mode d'emploi et mise en garde en matière de vente de meubles corporels, contribution à l'étude de l'obligation d'informer*, thèse Paris II, 1985, p. 177 ; M. FABRE-MAGNAN, *De l'obligation dans les contrats. Essai d'une théorie*, *op. cit.*, n° 477, p. 390.

¹²⁴¹ R. HATTAB, *op. cit.*, n° 45.

¹²⁴² M. Betch, Rapport commun aux deux pourvois, Cass. Ch. mixte, 29 juin 2007, pourvoi n° 05-21.104 et pourvoi n° 06-11.673, *BICC*, 15 octobre 2007 qui cite G. CORNU, « *La responsabilité du gestionnaire de patrimoine* », *Litec*, Aff. finance 2006, n° 374.

¹²⁴³ R. ROUTIER, *op. cit.*, n° 361.21.

propose »¹²⁴⁴ ou « l'obligation spéciale d'information qui oblige l'intermédiaire à tenir compte de la personnalité et de la compétence de son client pour l'alerter »¹²⁴⁵.

647. Destinataires. Les bénéficiaires de cette obligation sont seulement les clients profanes et les consommateurs de crédit, par opposition avec l'obligation d'information qui peut profiter à l'ensemble de la clientèle des établissements de crédit tout comme seulement à certaines catégories des clients, prévues par le législateur.

648. En Belgique. Le droit belge a adopté la même approche en la matière, distinguant les trois obligations. L'obligation de mise en garde n'a pas encore connu le même essor qu'en droit français, peu d'arrêts utilisant ce terme. En revanche, elle est consacrée implicitement car les juges ne reconnaissent aucune obligation de conseil à la charge du banquier dispensateur de crédit, mais une obligation d'information renforcée face au risque d'un crédit inadapté¹²⁴⁶.

En ce qui nous concerne, nous adopterons une définition plus large de l'obligation de mise en garde, la considérant comme étant celle en vertu de laquelle le banquier est tenu, en tant que professionnel diligent et prudent, d'adresser un avertissement à ses cocontractants légitimement ignorants pour attirer leur attention sur les risques et les inconvénients prévisibles au moment de la conclusion de l'opération envisagée.

649. Domaines d'application. En droit bancaire, les domaines d'application assignés à l'obligation de mise en garde par la jurisprudence et le législateur sont jusqu'à présent les activités d'octroi du crédit et les marchés financiers spéculatifs. Cependant, ce nouvel instrument d'équilibre contractuel a vocation à se développer et à pénétrer dans d'autres secteurs d'activités bancaires. En effet, la jurisprudence fait parfois référence au banquier en tant que « gestionnaire de compte »¹²⁴⁷, qualification large qui laisse pressentir une évolution en ce sens¹²⁴⁸.

Nous limiterons notre analyse à l'obligation de mise en garde du banquier dispensateur de crédit, tout en soulignant que cette restriction auto-imposée n'est pas préjudiciable au but poursuivi par notre étude qui consiste en l'illustration de l'importance de la gestion des risques juridiques en matière bancaire.

¹²⁴⁴ N. BOURDALLE, J. LASERRE CAPDEVILLE, « Le développement jurisprudentiel de l'obligation de mise en garde du banquier », *Banque et Droit*, n° 107, mai - juin 2006, p. 22.

¹²⁴⁵ J.-J. DAIGRE, « La responsabilité civile de l'intermédiaire financier en matière d'ordre de bourse et de couverture », *Banque et Droit*, 2000, n° 70, p. 4.

¹²⁴⁶ En droit belge : J.-P. BUYLE, « Les obligations d'information, de renseignement, de mise en garde et de conseil des professionnels de la finance » in F. GLANSBORFF (dir.), *Les obligations d'information, de mise en garde et de conseil*, op. cit., p. 167 et s. ; J.-P. BUYLE, P. PROESMANS, « La jurisprudence d'après crise 2007 en matière d'opérations bancaires » in M. GREGOIRE (dir.), *Le droit bancaire et financier en mouvement*, op. cit., p. 41 ; Civ. Charleroi, 8 juin 2000, *R.D.C.*, 2001, p. 781, note J.-P. BUYLE et M. DELIERNEUX : le banquier dispensateur de crédit doit mettre en garde son client contre un choix inadapté.

¹²⁴⁷ Cass. 1^{re} civ., 12 juillet 2005, Bull. 2005, I, n° 325, pourvoi n° 03-10.770 ; Cass. 1^{re} civ., 12 juillet 2005, Bull. 2005, I, n° 327, pourvoi n° 03-10.921.

¹²⁴⁸ Pour un avis contraire : J.-L. GUILLOT, S. FAYNER, « La responsabilité du banquier prêteur à l'égard de l'emprunteur », *Revue Banque*, juillet-août 2006, n° 682.

B. Typologie

Dans le domaine du crédit, l'on peut distinguer l'obligation de mise en garde d'origine prétorienne et celle d'origine légale consacrée par le droit de la consommation.

1. Obligation de mise en garde d'origine jurisprudentielle

650. Etapes successives d'une construction prétorienne avant-gardiste. L'obligation de mise en garde est une création prétorienne, fondée sur le droit commun, tout comme l'obligation précontractuelle d'information¹²⁴⁹. Elle s'est récemment émancipée de la force d'attraction qu'exerce l'obligation du conseil. La construction du concept de mise en garde s'est opérée en trois étapes : tout d'abord, les quatre arrêts rendus par la chambre civile le 12 juillet 2005¹²⁵⁰ ont posé les fondations, ensuite la chambre commerciale en 2006¹²⁵¹ les a consolidés par le biais d'un rapprochement jurisprudentiel avec la chambre civile et enfin les deux arrêts rendus le 29 juin 2007 en chambre mixte¹²⁵² ont marqué la volonté de la Cour de cassation de rendre durable cette construction prétorienne. Après 2007 et jusqu'à ce jour, les juges ont dessiné « *par touches successives le portrait de l'emprunteur non averti* »¹²⁵³ dans une véritable « *politique de petits pas* »¹²⁵⁴.

651. Solutions antérieures. Avant 2005, la responsabilité du banquier pour l'octroi des prêts excessifs au regard de la modicité des ressources de l'emprunteur était sanctionnée sur le terrain de devoir du conseil: « *la présentation d'une offre préalable conforme aux exigences de l'article 5 de la loi du 13 juillet 1979 ne dispense pas l'établissement de crédit de son devoir de conseil à l'égard de l'emprunteur, en particulier lorsqu'il apparaît à ce*

¹²⁴⁹ J. GHESTIN, G. LOISEAU et Y.-M. SERINET, *La formation du contrat, t. 1 Le contrat – Le consentement, op. cit.*, n° 1619.

¹²⁵⁰ Cass. 1^{re} civ., 12 juillet 2005, Consorts X c/ CRCAM de Charente Périgord, pourvoi n° 03-10.115 Bull.2005, I, n° 326; Epoux X c/ BNP Paribas pourvoi n° 03-10. 770 Bull. 2005, I, n° 327 : « Manque à son devoir de mise en garde la banque qui, n'ayant pas vérifié les capacités financières d'emprunteurs profanes, accorde à ceux-ci un prêt excessif au regard de leurs facultés contributives » ; Frank X c/ Crédit Lyonnais pourvoi n° 03-10.921 Bull. 2005, I, n° 325; Epoux X c/ BNP Paribas pourvoi n° 03-13.155, Bull. 2005, I, n° 324 ; Doctrine :D. cahier droit des affaires, 15 déc. 2005, n° 44, p. 304, note B. PARANCE ; D. AJ, 2276, obs. X. DELPECH ; JCP 2005, II, 10140, note A. GOURIO ; JCP E 2005, 1359, note D. LEGEAIS ; D. 2005, AJ 3084, note V. AVENA-ROBARDET ; RTD com 2006, 171, obs. D. LEGEAIS.

¹²⁵¹ Com., 3 mai 2006, Bull. 2006, IV, n° 101 à n° 103, pourvois n° 04-15.517, 02-11.211 et 04-19.315 ; D. AJ, 1445, obs. X. DELPECH ; JCP 2006, éd. E, 1890 note D. LEGEAIS ; Banque et droit 2006, p. 53, obs. N. RONTCHEVSKY ; Contrats - Concurrence - Consommation 2006, p. 37 ; JCP G, II, 10122, note G. RAYMOND ; Banque et droit 2006, p. 49, obs. Th. BONNEAU, Lamy droit des affaires 2006, n° 8, obs. CHEMIN-BOMBEN ; D., Cahier droit des affaires, n° 23, 15 juin 2006, p. 1618-1624, note J. FRANÇOIS.

¹²⁵² Cass. ch. mixte, 29 juin 2007, pourvoi n° 05-21.104 Forest c/ CRCAM Centre-Est et pourvoi n° 06-11.673 Fusco c/ Union bancaire de Nord, Bull mixte, n°8, JCP G 2007, II, n° 10146 note A. GOURIO; D 2007, p. 1950, obs. V. AVENA-ROBARDET et p. 2081 note crit. S. PIEDELIEVRE.

¹²⁵³ « Les discriminations dans la jurisprudence de la cour de cassation », in Cour de cassation, *Rapport annuel 2008*, p. 192

¹²⁵⁴ *Ibidem*.

professionnel que les charges du prêt sont excessives par rapport à la modicité des ressources du consommateur »¹²⁵⁵. A ce jour dans une espèce similaire, la Cour évoquerait le manquement à l'obligation de mise en garde.

652. Définition. En l'absence d'une définition jurisprudentielle précise, la plupart des auteurs cherchent à définir l'obligation de mise en garde dégagée par les juges en explorant son contenu. Or, placée à mi-chemin entre l'obligation d'information et l'obligation de conseil, la création jurisprudentielle suppose un ensemble des devoirs : le devoir du banquier de se renseigner par tous les moyens légaux, le devoir de mettre en garde sur les risques et les inconvénients de l'opération envisagée et le devoir d'accorder un crédit adapté aux capacités financières du client.

2. Obligation de mise en garde d'origine légale

653. Consécration législative tardive. Sous l'influence du droit européen, et notamment de la directive du 23 avril 2008 concernant les contrats de crédit à la consommation¹²⁵⁶, le droit français¹²⁵⁷ et le droit belge¹²⁵⁸ ont introduit en 2010 une obligation de mise en garde¹²⁵⁹.

¹²⁵⁵ Cass. 1^{re} civ., 27 juin 1995, pourvoi n° 92-19.212, *Bull.* I, 1995, n° 288 ; *Deffrénois* 1995, art. 36210, n° 149, p.1416, obs. D. MAZEAUD ; *D.* 1995, p. 621, note S. PIEDELIÈVRE ; *RD bancaire et bourse* 1995, p.185, obs. F.-J. CRÉDOT et Y. GÉRARD ; *RTD com.* 1995, p. 170, obs. M. CABRILLAC ; *JCP* 1996, éd. E, II, 772, note D. LEGEAIS ; *RTD civ.* 1996, p. 384, obs. J. MESTRE ; E. Scholastique, « Les devoirs du banquier dispensateur de crédit au consommateur », *DEFRÉNOIS* 1996, art. 36352, p. 689 ; Dans le même sens voir Cass. 1^{re} civ., 8 juin 1994, pourvoi n° 92-10.560, *Bull.* IV 1994, n° 207 ; Cass com., 18 février 1997, pourvoi n° 94-18.073, *Bull.* IV, 1997, n° 52 ; Cass com., 11 mai 1999, pourvoi n° 96-16.088, *Bull.* IV, 1999, n° 95 ; Cass. com., 24 septembre 2003, pourvoi n° 00-19.067, *Bull.* IV, 2003, n° 136.

¹²⁵⁶ H. CLARET, Directive n° 2008-48 CE du 23 avril 2008 concernant les contrats de crédit à la consommation, *LPA*, 12 mai 2009. 3 ; A. GOURIO, « La directive européenne du 23 avril 2008 concernant les contrats de crédit aux consommateurs », *JCP E* 2008. 2047 ; S. PIEDELIÈVRE, « La directive du 23 avril 2008 sur le crédit aux consommateurs », *D.* 2008. 2614 ; G. RAYMOND, « Premières approches sur la directive n° 2008/48/CE », *JCP G* 2008. I. 215 ; A. Gourio, « Le nouveau cadre juridique du crédit aux particuliers en Europe », *RD banc. fin.* 2003. 128 ; S. PIEDELIÈVRE, « Le projet de directive relative au crédit à la consommation », *Mélanges J. DUPICHOT*, Bruylant, Bruxelles, p. 377.

¹²⁵⁷ loi n° 2010-737 du 1er juillet 2010 transposant la directive n° 2008-48 CE du 23 avril 2008.

¹²⁵⁸ En ce qui concerne le droit belge, la nouvelle loi du 13 juin 2010 relative au crédit à la consommation transposant en droit belge la directive européenne 2008/48/CE du 23 avril 2008 ; en application de l'art. 11 § 4 de cette nouvelle loi, le banquier (le texte fait référence au terme général de l'intermédiaire de crédit) doit fournir à l'emprunteur consommateur des explications adéquates pour qu'il soit en mesure de déterminer si le contrat proposé est adapté à ses besoins et à sa situation financière ; le banquier doit s'acquitter de l'information précontractuelle reprise dans le formulaire « Informations européennes normalisées en matière de crédit à la consommation », présenter les caractéristiques essentielles des produits proposés et les effets particuliers qu'ils peuvent avoir sur l'emprunteur-consommateur, y compris les conséquences d'un défaut de paiement du client (emprunteur-consommateur). Par conséquent, le droit belge consacre lui-aussi l'obligation de mise en garde du banquier en matière de crédit à la consommation ; Voir aussi A. PUTTEMANS (*dir.*), *Le droit de la consommation dans le nouveau Code de droit économique*, Bruylant, Bruxelles, 2014.

¹²⁵⁹ J. GHESTIN, G. LOISEAU et Y.-M. SERINET, *La formation du contrat, t. 1 Le contrat – Le consentement*, *op. cit.*, n° 1621- 1628, spéc. n° 1625 : « La consécration légale de l'obligation jurisprudentielle de mise en garde

654. Terminologie spécifique. A première vue, les articles L 311-8 à L311-10 du Code de la Consommation nous apparaissent comme la base légale d'une nouvelle obligation d'évaluation de la solvabilité de l'emprunteur consommateur. Cependant, en analysant le contenu de ces nouvelles dispositions, on s'aperçoit qu'il coïncide avec celui de l'obligation de mise en garde créée par la jurisprudence.

655. Contenu identique à l'obligation dégagée par la jurisprudence civile. Le législateur exige que le prêteur fournisse 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 données par le client lui-même. Ensuite le banquier doit attirer l'attention de l'emprunteur « *sur les caractéristiques essentielles du 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. Ces informations sont données, le cas échéant, sur la base des préférences exprimées par l'emprunteur* ». Enfin, en application de l'article L311-9 du Code de la consommation « *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.* » Autrement dit, le législateur impose au banquier de se renseigner, d'évaluer la solvabilité de l'emprunteur, de lui fournir des explications afin qu'il puisse décider si le crédit est adapté ou pas à ses propres besoins, et enfin de lui *attirer l'attention* sur les caractéristiques essentielles du crédit et sur les conséquences sur sa situation financière, y compris en cas de défaut de paiement.

Selon nous, il serait inutile d'ajouter aux obligations d'information, de mise en garde et de conseil, une quatrième obligation, dite d'évaluation de la solvabilité, qui se placerait en-deçà de celle de mise en garde¹²⁶⁰. En réalité, il s'agit, sans la nommer expressément, d'une obligation de mise en garde légale limitée au crédit à la consommation. Cette conclusion n'est guère surprenante, surtout à la lumière d'une lecture téléologique des textes. Il est à noter que l'intention du législateur a été de préciser le plus possible la démarche du banquier pour qu'il puisse mettre en garde son client d'une manière efficace. La finalité de l'évaluation de la solvabilité est double : d'une part, il s'agit d'identifier les risques potentiels de l'opération et, d'autre part, d'aboutir à l'octroi d'un crédit adapté à la situation financière de l'emprunteur consommateur. Dans cette perspective, la finalité du juge et du législateur est strictement la même.

Pourtant, il faut souligner qu'entre les deux obligations, légale et prétorienne, il existe tout de même deux différences importantes. La première « *joue au profit de l'emprunteur, c'est la*

est certaine. Elle n'est toutefois que partielle, ce qui laissera un domaine d'application plus restreint, mais réel à la jurisprudence antérieure ».

¹²⁶⁰ Pour un avis contraire : S. PIEDELIÈVRE, « La réforme du crédit à la consommation », *D.* 2010 p. 1952 : « Après les obligations d'information, le devoir de conseil et le devoir de mise en garde, il existe un devoir d'explication mis à la charge du prêteur professionnel (ou de l'intermédiaire de crédit) qui démontre une nouvelle fois les limites des obligations précontractuelles d'information et que l'existence d'une obligation légale d'information ne dispense pas le banquier, et même plus largement tout professionnel, d'opérer une personnalisation de l'information ».

suppression de la condition tenant au risque de surendettement »¹²⁶¹. La deuxième différence réside dans la technique utilisée : les dispositions prévues par le législateur en matière de crédit à la consommation s'appliquent en considération de la destination de l'opération de crédit (crédit à la consommation), alors que l'obligation de mise en garde de droit commun s'applique en fonction du savoir économique et financier de l'emprunteur. Ainsi, l'obligation d'origine législative « *joue au détriment de l'emprunteur* »¹²⁶². Elle ne couvre qu'en partie la problématique de la protection des parties faibles car, au clivage consumériste « consommateur *versus* professionnel », le droit civil oppose la distinction « profane *versus* averti » qui est plus large, mais aussi plus difficile à enfermer dans des définitions¹²⁶³.

Le dispositif mis en place en matière de crédit à la consommation n'ajoute donc rien à l'obligation de mise en garde découverte par la jurisprudence, si ce n'est qu'elle a désormais un support textuel, mais qui, malheureusement pour l'harmonisation terminologique du droit positif, ne porte pas la dénomination consacrée dans la doctrine et la jurisprudence civile.

C. Contenu

656. Contenu révélé par la jurisprudence civile et confirmé par le législateur. Le contenu de l'obligation de mise en garde du banquier nous a été révélé par la jurisprudence, le législateur n'ayant que le mérite de confirmer ponctuellement une découverte prétorienne d'une grande utilité pour l'idée de justice contractuelle. L'obligation de mise en garde du banquier se traduit par un avertissement et ne peut pas être dissociée de la présence d'un risque d'endettement excessif ou d'une perte.

657. Composantes. Les trois volets de l'obligation de mise en garde sont : le devoir de se renseigner afin de pouvoir éclairer ses clients sur « les avantages et inconvénients du choix » qui s'offrent à eux, un devoir d'émettre un avertissement, sans porter atteinte au principe de non-immixtion du banquier dans les affaires de son client et un devoir d'octroyer un crédit adapté aux capacités financières de ses clients qu'il s'oblige de segmenter en « profanes » et « avertis »¹²⁶⁴.

¹²⁶¹ J. GHESTIN, G. LOISEAU et Y.-M. SERINET, *La formation du contrat*, t. 1 *Le contrat – Le consentement*, op. cit., n° 1626 ; Voir dans le même sens N. SAUPHANOR-BROUILLAUD, « La loi n° 2010, n° 2010-737 du 1^{ER} juillet 2010 portant réforme du crédit à la consommation (1^{ère} partie), *RDC* 2010, n° 4, p. 1304 et s.

¹²⁶² J. GHESTIN, G. LOISEAU et Y.-M. SERINET, *ibidem*.

¹²⁶³ N. SAUPHANOR-BROUILLAUD, « Chronique de droit des contrats (17-9-10), *JCP G* 2010, n° 7 et s. ; A. GOURIO, « La réforme du crédit à la consommation », *JCP E* 2010, 1675.

¹²⁶⁴ Cass. 1^{re} civ., 21 février 2006, pourvoi n° 02-19.066, *Bull.* 2006, I, n° 91, *BICC* 15 octobre 2007, n° 669, p. 30.

1. Le devoir de se renseigner sur la situation des emprunteurs

658. Devoir de se renseigner. Pour accorder un crédit à un emprunteur profane, le banquier doit tout d'abord se renseigner sur la situation financière du client et ensuite la vérifier¹²⁶⁵ car il ne pourra pas se retrancher derrière son ignorance en cas de litige. L'obligation de mise en garde impose au banquier une attitude proactive : de sa propre initiative, il doit, d'une part, se renseigner pour mieux connaître la situation patrimoniale de son client et d'autre part évaluer les conséquences de l'octroi du crédit. Muni de ces renseignements, l'établissement de crédit est libre d'accorder ou pas un crédit. S'il décide de répondre à la demande du client, alors il doit accorder un prêt ajusté aux capacités de remboursement et aux besoins de l'emprunteur. Mais, en aucun cas, le banquier ne pourra pas justifier l'octroi du crédit par le seul fait qu'il est garanti.¹²⁶⁶ Les juges lui imposent ainsi un véritable devoir de discernement qui trouve ses raisons d'être d'une part dans la bonne foi et d'autre part dans l'utilité économique de tout crédit remboursable¹²⁶⁷. Par conséquent, si la banque ne se renseigne pas ou si elle n'apprécie pas correctement les capacités de remboursement des clients, elle peut être condamnée pour manquement à son obligation de mise en garde envers l'emprunteur profane si les juges constatent que le crédit octroyé est disproportionné, voire ruineux : « *qu'après avoir analysé les facultés contributives des époux X..., en tenant compte notamment des revenus produits par la location de la maison achetée au moyen du prêt litigieux, la cour d'appel, constatant que les emprunteurs ne pouvaient faire face aux échéances de ce prêt avec leurs revenus locatifs, non plus qu'avec leurs très modestes ressources, a retenu que la banque avait méconnu ses obligations à l'égard de ces emprunteurs profanes en ne vérifiant pas leurs capacités financières et en leur accordant un prêt excessif au regard de leurs facultés contributives, manquant ainsi à son devoir de mise en garde* »¹²⁶⁸.

659. Un devoir révélé par la jurisprudence et confirmé par le législateur. Même si les arrêts de la Cour de cassation ne l'affirment pas expressément, l'évolution du droit positif et notamment les apports de la directive du 23 avril 2008 concernant les contrats de crédit à la

¹²⁶⁵Cass. 1^{re} civ., 12 juillet 2005, pourvoi n° 03-10.921, *Bull.* 2005, I, n° 327 ;Cass. 1^{re} civ., 2 novembre 2005, pourvoi n° 03-17.443, *Bull.* 2005, I, n° 397 : cassation pour ne pas avoir « rechercher si l'établissement de crédit avait, avant d'apporter son concours aux époux X..., vérifié les capacités financières de ceux-ci, emprunteurs profanes, en vertu du devoir de mise en garde auquel il était tenu à leur égard ».

¹²⁶⁶ Cass. com., 2 juin 1982, *Bull.* 1982, IV, n° 217.

¹²⁶⁷ Cass. 1^{re} civ., 2 novembre 2005, pourvoi n° 03-17.443, *Bull.* 2005, I, n° 397 : « l'établissement de crédit, tenu d'un devoir de mise en garde à l'égard des emprunteurs profanes, doit, avant de leur apporter son concours, vérifier leurs capacités financières ».

¹²⁶⁸ Cass 1^{re} civ., 12 juillet 2005, pourvoi n° 03-10.921, *Bull.* 2005, I, n° 327 ; dans le même sens Cass. 1^{re} civ., 13 février 2007, pourvoi n° 04-17.287, *Bull.* 2007, I, n° 59 : « Prive sa décision de base légale au regard de l'art. 1147 du code civil une cour d'appel qui accueille la demande d'une banque en paiement de sommes restant dues au titre des prêts consentis, sans rechercher si les emprunteurs pouvaient ou non être regardés comme des emprunteurs profanes et, dans l'affirmative, si, conformément au devoir de mise en garde auquel elle était tenue à leur égard, la banque avait vérifié leurs capacités financières avant de leur apporter son concours et les avait alertés sur les risques de l'endettement né de l'octroi des prêts ».

consommation¹²⁶⁹ et de la loi du 1^{er} juillet 2010¹²⁷⁰, confirment que le banquier doit se renseigner afin d'évaluer la solvabilité de l'emprunteur consommateur¹²⁷¹. A cet effet, il doit utiliser les informations fournies par le client lui-même, en les complétant, si nécessaire, par les informations disponibles dans des bases de données appropriée¹²⁷². Il est bien évident que ce raisonnement à l'égard du consommateur s'applique également à l'égard de l'emprunteur profane.

2. L'obligation d'émettre un avertissement

660. Renseignement et alerte – l'inextricable liaison. L'obligation de se renseigner sur les capacités financières de l'emprunteur n'est pas un but en soi, mais elle doit servir deux finalités : le banquier doit prendre une décision fondée sur des données financières viables et crédibles et mettre en garde les emprunteurs sur les dangers du crédit consenti. En matière de crédit, les dangers ou les risques peuvent être un endettement qui se présente potentiellement ou réellement excessif, voire trop cher ou menacé par le caractère aléatoire des revenus des clients. Le banquier doit prendre en compte seulement l'évolution prévisible de la situation de l'emprunteur avant la conclusion du contrat. Pour la Cour de cassation, le renseignement et l'alerte sont indissociablement liés. C'est le seul moyen aux yeux des magistrats d'assurer un endettement sain, c'est-à-dire proportionné aux capacités de remboursement de l'emprunteur.

661. Terminologie fluctuante. Il arrive souvent que le client ne conteste pas le manquement à l'obligation de mise en garde ou qu'il fasse un amalgame entre les obligations d'information et conseil. Ce fut le cas de l'une des espèces soumises en 2005 à la première chambre, ce qui n'a pas empêché les hauts magistrats de reprocher aux juges du fond de ne pas avoir recherché « *si la banque les avait alertés sur l'importance du risque encouru et avait ainsi rempli son devoir de mise en garde* »¹²⁷³. Ainsi, la Cour de cassation associe volontairement dans la même phrase deux termes synonymes : « alerte » et « mise en garde ». Qu'en est-il alors de l'obligation d'éclairer l'emprunteur sur les avantages et les inconvénients du crédit ?

¹²⁶⁹ H. CLARET, "Directive n° 2008-48 CE du 23 avril 2008 concernant les contrats de crédit à la consommation", *LPA*, 12 mai 2009. 3 ; A. GOURIO, « La directive européenne du 23 avril 2008 concernant les contrats de crédit aux consommateurs », *JCP E* 2008. 2047 ; S. PIEDELIÈVRE, « La directive du 23 avril 2008 sur le crédit aux consommateurs », *D.* 2008. 2614 ; G. RAYMOND, « Premières approches sur la directive n° 2008/48/CE », *JCP G* 2008. I. 215 ; A. Gourio, « Le nouveau cadre juridique du crédit aux particuliers en Europe », *RD banc. fin.* 2003. 128 ; S. PIEDELIÈVRE, « Le projet de directive relative au crédit à la consommation », *Mélanges J. DUPICHOT, op.cit.*, p. 377.

¹²⁷⁰ loi n° 2010-737 du 1er juillet 2010 transposant la directive n° 2008-48 CE du 23 avril 2008.

¹²⁷¹ L'art. 8.1 de la directive du 23 avril 2008 précitée et l'art. L311-9 du Code de la consommation imposent l'obligation d'évaluer la solvabilité de l'emprunteur consommateur.

¹²⁷² Le fichier positif, qui n'a pas encore été créé, permettrait de connaître le taux d'endettement résultant des crédits déjà souscrits par le consommateur afin de mieux apprécier sa solvabilité. Sur le débat concernant l'introduction du fichier positif en matière de crédit pour lutter contre le surendettement, il faut souligner que la majorité des banquiers s'y opposent, car le surendettement est le plus souvent la conséquence d'un accident de vie et non pas du recours excessif au crédit ; voir M. BOCCARA, « Le fichier positif n'est pas une réponse au surendettement », *Banque*, n° 759, avril 2013.

¹²⁷³ Cass. 1^{re} civ., 12 juillet 2005, pourvoi n° 03-10.921, *Bull.* 2005, I, n° 327.

S'agit-il d'une obligation distincte de la mise en garde ? Selon Mme Betch, conseiller rapporteur à la Cour de cassation,¹²⁷⁴ le devoir d'éclairer l'emprunteur sur les avantages et les inconvénients du crédit « *n'incombe qu'aux gestionnaires de comptes et (...) profite à l'ensemble des emprunteurs* ». En ce qui nous concerne il s'agit de la même obligation de mise en garde qui incombe au banquier dispensateur de crédit. Cependant, il est fort possible qu'un jour elle soit assimilable à un devoir plus large qui incomberait au banquier en sens large, indépendamment de sa casquette du dispensateur de crédit. Par conséquent, à ce jour, l'alerte ou la mise en garde sur les risques ou encore l'éclairage sur les inconvénients et les avantages d'une opération de crédit désignent le même instrument juridique, soit ce que nous appelons, par pure convention, l'obligation de mise en garde.

662. Exercice délicat. En pratique, les banques sont confrontées à la difficulté de la mise en place d'un système cohérent de mise en garde car tout est une question de juste mesure. L'alerte doit être faite, mais elle ne doit pas aboutir à un refus systématique des crédits. Le devoir de non-immixtion vient au secours du banquier car il pourra attirer l'attention des candidats emprunteurs sur les facteurs de risque d'une manière systématique, sans pour autant s'immiscer dans la décision finale du client. Il est bien évident que le banquier ne doit pas non plus vendre ses crédits lorsque le risque d'endettement excessif est fort, en se fondant uniquement sur les garanties. D'où la troisième composante du devoir de mise en garde qui consiste en l'obligation d'octroyer un crédit adapté aux capacités financières de ses clients.

3. L'obligation d'octroyer un crédit adapté aux capacités financières de ses clients

663. Fournir un crédit adapté. Après avoir évalué les capacités financières de l'emprunteur et implicitement sa solvabilité, le banquier est tenu, d'une part, d'alerter le candidat emprunteur et, d'autre part, de lui accorder un crédit adapté à sa capacité de remboursement. Cette troisième composante de l'obligation de mise en garde constitue la finalité même de la protection des parties faibles : c'est seulement en prévenant les impacts négatifs d'un endettement excessif qu'on peut protéger les emprunteurs profanes et consommateurs contre le surendettement, tout en assurant le bon fonctionnement du marché du crédit. Elle est depuis longtemps consacrée par la législation et par la jurisprudence qui ont imposé l'exigence de proportionnalité en matière de crédit et de cautionnement¹²⁷⁵. Par conséquent, les juges et le législateur demandent au banquier d'identifier les risques de l'endettement né de l'octroi du crédit par rapport aux capacités de remboursement du client, en le mettant en garde contre un endettement excessif et ruineux.

664. Tout est question d'équilibre. Au départ, les juges se sont inspirés du principe de proportionnalité qu'ils ont consacré en matière de crédit et de cautionnement, car l'obligation de mise en garde est un instrument d'équilibre contractuel qui demande une symétrie

¹²⁷⁴ M. BETCH, Rapport commun aux deux pourvois, Cass. Ch. mixte, 29 juin 2007, pourvoi n° 05-21.104 et pourvoi n° 06-11.673, *BICC*, 15 octobre 2007

¹²⁷⁵ Pour le surendettement voir : art. L330-1 du Code de la consommation.

informationnelle et une proportionnalité entre les facultés de remboursement et le montant du prêt accordé.

D. Conditions d'existence de l'obligation de mise en garde

665. Conditions d'existence. Les conditions d'existence de l'obligation de mise en garde du banquier dispensateur du crédit tiennent schématiquement à l'asymétrie de l'information (1) et à l'existence d'un risque lié à l'octroi d'un crédit inadapté aux capacités de remboursement de l'emprunteur (2).

1. L'asymétrie de l'information

666. Inégalité des parties et asymétrie de l'information. Comme nous l'avons montré, ces dernières décennies ont été marquées par une intense intervention des juges dans le contrat au nom de la bonne foi et de l'équité dans le but de corriger les imperfections générées notamment par l'inégalité des contractants. Le plus souvent, l'inégalité des parties est intimement liée à des problèmes d'asymétrie d'information. Les clients d'une banque sont généralement moins informés sur les opérations bancaires proposées que le banquier – partie forte du contrat - qui est de surcroît conseillé par des juristes, économistes et autres spécialistes. C'est la raison pour laquelle les juges et le législateur sont intervenus pour protéger certaines catégories de contractants. L'obligation de mise en garde, comme nous l'avons déjà montré dans la partie dédiée aux fondements, est un instrument juridique parmi d'autres qui vise à rééquilibrer le contrat et à corriger les imperfections qui résultent de l'inadaptation du droit civil classique aux nouvelles données de la société. L'obligation de mise en garde dépend ainsi, en partie, de l'existence d'une asymétrie d'information entre le banquier et son client. Mais ce n'est pas la seule condition : elle suppose l'existence d'un risque décelable avant la conclusion du contrat. Ainsi, à juste titre, il faut distinguer la simple obligation d'information ou de renseignement et l'obligation de mise en garde. En ce qui concerne la première, le créancier est la partie qui ignore légitimement les informations utiles et connues par un banquier, alors que la deuxième protège le client qui ne connaît pas le risque engendré par l'opération qu'on lui propose¹²⁷⁶.

Etant donné que l'application de l'obligation de mise en garde dépend du niveau de connaissance du client, il devient nécessaire de distinguer les clients en fonction de ce critère afin d'établir qui peut en profiter de cette nouvelle création jurisprudentielle.

667. Une nécessaire, mais difficile distinction entre les emprunteurs profanes et avertis. C'est la première Chambre civile qui a dégagé l'obligation de mise en garde en matière de

¹²⁷⁶ Voir en ce sens l'avis de M. MAYNIAL, Premier avocat général à la Cour de cassation, Cass. Ch. mixte, 29 juin 2007, pourvoi n° 05-21.104 et pourvoi n° 06-11.673, *BICC*, 15 octobre 2007.

crédit, en imposant une distinction fondamentale entre l'averti et le profane, importée du domaine des opérations sur instruments financiers et du cautionnement. En appliquant le principe de la symétrie d'information, les juges ont considéré que le banquier n'avait pas en principe d'obligation de mise en garde à l'égard du client averti, sauf circonstances exceptionnelles. En revanche, en présence d'un emprunteur profane, l'asymétrie d'information imposait au banquier de mettre en garde son client, devant donc se renseigner sur les capacités de remboursement de son client, sur ses besoins et la nature du projet, d'apprécier la capacité du client à faire face au crédit et en cas de risque d'incapacité d'en alerter son client. Le raisonnement de la Chambre civile a été adopté également par la Chambre commerciale et ensuite confirmé par la Chambre mixte de la Cour de cassation, de sorte qu'à présent il est reconnu que l'obligation de mise en garde du banquier dispensateur du crédit s'impose uniquement lorsque l'emprunteur est non-averti.

Une fois posé, ce clivage ne résout pas tous les problèmes, car il est difficile de savoir concrètement quels clients peuvent être qualifiés comme profanes afin d'être désignés comme destinataires de cette nouvelle obligation à la charge du banquier.

668. Client averti. Il semble plus facile de dégager la notion du client averti qui dépend souvent, mais pas nécessairement, de sa profession. A titre d'exemple, les juges qualifient d'averti un fraiseur qui, pour exercer son métier de fraiseur, achète à crédit une machine à fraiser¹²⁷⁷, un emprunteur qui exerce la profession de cadre supérieur et qui crée sa propre société¹²⁷⁸, un emprunteur qui exerce la fonction de président du conseil d'administration et qui est par ailleurs principal actionnaire de la société devant bénéficier de l'apport en compte courant¹²⁷⁹, les cadres bancaires et les dirigeants de sociétés¹²⁸⁰.

669. Client profane. Logiquement, le profane est celui qui ne connaît pas les risques engendrés par l'opération envisagée. Il peut être un consommateur, un non-professionnel, voire un professionnel qui n'a pas de compétences dans le domaine du crédit. Il est essentiel de savoir où fixer les limites et on se rend compte que tout dépend de l'appréciation subjective faite par les juges du fond, sous le contrôle de la Cour de cassation. En effet, la qualité de l'emprunteur sera appréciée au regard des circonstances propres à chaque affaire, en l'absence d'une présomption de la qualité d'averti ou profane, exceptée la présomption imposée par la loi en faveur des consommateurs. Les juges considèrent qu'un emprunteur doit être qualifié comme profane lorsque ses ressources financières sont modestes.¹²⁸¹ « *Comme il n'est pas facile de fixer le curseur permettant d'opposer les deux catégories de personnes, la*

¹²⁷⁷ Cass. com., 19 décembre 2006, pourvoi n° 03-20.176 : « La cour d'appel ayant retenu que le crédit-preneur, professionnel déjà expérimenté, avait connaissance du bilan de sa première année d'activité, ainsi que de celui de début de la seconde lors de la conclusion de l'opération de financement, et que les éléments comptables de celle-ci étaient simples à appréhender, il s'en déduit que cet emprunteur était averti ».

¹²⁷⁸ Cass. 1^{ère} civ., 12 juillet 2005, pourvoi n° 02-13.155, *Bull.* 2005, I, n° 324.

¹²⁷⁹ Cass. 1^{ère} civ., 12 juillet 2005, pourvoi n° 03-10.770, *Bull.* 2005, I, n° 325.

¹²⁸⁰ Cass. com., 20 septembre 2005, *JCP E* 2006, 1145 note D. LEGEAIS.

¹²⁸¹ En présence de coemprunteurs, il est souvent considéré que l'un d'entre eux peut être profane et l'autre averti.

situation du profane se définira « en creux ». Ainsi, les personnes âgées, les étudiants sont le plus souvent considérés comme des profanes»¹²⁸². En outre, il a été jugé qu'en emprunteur profane, même s'il est assisté par un averti (tiers ou partie au contrat) doit bénéficier d'une mise en garde « équivalente à celle dont il aurait bénéficié en dehors de toute assistance »¹²⁸³. En revanche, un emprunteur frappé d'une interdiction bancaire lors de la conclusion du contrat de crédit n'est pas considéré comme étant en situation obérée et ne bénéficie pas nécessairement d'une obligation de mise en garde¹²⁸⁴. Par définition, les personnes non averties manquent d'expérience et peuvent être considérées novices en matière de crédit. Cela étant, la Cour de cassation a jugé qu'en présence d'un crédit excessif, il importait peu que « les emprunteurs profanes, aient disposé des mêmes informations que la banque»¹²⁸⁵. Cette décision indique qu'il y a une hiérarchisation entre les deux conditions d'existence de l'obligation, et qu'en présence d'un risque, la notion d'asymétrie est relativisée.

670. Absence de présomption. La Cour de cassation aurait pu imposer une présomption simple d'« emprunteur averti » ou d'« emprunteur profane », mais elle a consacré une approche casuistique, en confirmant ainsi une conception subjective de la responsabilité bancaire en matière d'obligation de mise en garde. M. Xavier Delpech notait en 2006 que: « même si la première chambre emploie les termes d'emprunteur profane et averti, elle se garde bien de les définir. En réalité, elle invite les juges du fond à procéder à une analyse in concreto, démarche qui est également celle de la chambre commerciale. Cette dernière fait simplement l'économie (...) du recours à des catégories juridiques qui ne lui paraissent pas être « un passage obligé »¹²⁸⁶. Bien au contraire, elles lui semblent plutôt « embarrassantes, car incertaines »¹²⁸⁷. On aurait pu considérer tout emprunteur particulier n'agissant pas dans le cadre de son activité professionnelle comme étant « non averti ». Inversement, tout dirigeant d'entreprise qui emprunte pour ses besoins professionnels aurait pu être présumé « averti ». Cependant, il convient de souligner que « tout emprunteur n'agissant pas dans le cadre de son activité professionnelle n'est pas forcément profane, et, à l'inverse, le professionnel qui contracte un prêt en dehors de sa sphère d'activité mérite une protection s'il n'a pas de connaissance particulière en la matière »¹²⁸⁸. Par conséquent, dans le droit positif les juges du fond doivent apprécier la qualité de chaque emprunteur, en la déduisant des circonstances factuelles de chaque espèce. La Cour de cassation se réserve un pouvoir de contrôle sur les critères retenus par les juges du fond qui doivent se prononcer sur l'équilibre charges-ressources de l'emprunteur. Cette situation est génératrice d'une incertitude quant aux règles à appliquer, mais il faut reconnaître elle ouvre la protection à des catégories des clients qui seraient exclus de la protection due aux consommateurs.

¹²⁸²M. BETCH, Rapport commun aux deux pourvois, Cass. Ch. mixte, 29 juin 2007, pourvoi n° 05-21.104 et pourvoi n° 06-11.673, *BICC*, 15 octobre 2007.

¹²⁸³ Cass. 1^{ère} civ., 30 avril 2009, pourvoi n° 07 – 18.334 ; *JCP G* 2009, 256, obs. L. DUMOULIN.

¹²⁸⁴ Cass. com. 3 juillet 2012, n° 11-18945, F. BOUCARD, « Deux années d'évolution de la responsabilité du banquier dispensateur du crédit », *LPA* 2012, n° 225, p. 8.

¹²⁸⁵ Cass. com. 20 juin 2006, n° 04-14.114, précité ; R. ROUTIER, *op.cit.*, n° 362.12.

¹²⁸⁶ X. DELPECH, *op. cit.*, *D.* 2006, p. 1445.

¹²⁸⁷ *Idem* p. 1445.

¹²⁸⁸ N. BOURDALLE, J. LASERRE CAPDEVILLE, *op. cit.*, p. 24.

2. L'existence d'un risque d'endettement

671. Existence d'un risque décelable au stade précontractuel. En présence d'un emprunteur profane, mais en absence d'un risque de crédit décelable lors de la conclusion du crédit, le banquier n'est tenu qu'à une obligation d'information précontractuelle. Le risque d'endettement résultant d'un crédit excessif (ou trop onéreux ou inadapté aux capacités de remboursement des clients ou disproportionné) est une condition essentielle de l'existence de l'obligation de mise en garde. A partir du moment où il n'y a pas de risque d'endettement ni potentiel ni avéré, le banquier, même face à un emprunteur profane, est exonéré de responsabilité pour défaut de mise en garde¹²⁸⁹. Donc, sans risque, pas d'obligation de mise en garde.

672. Entre protection des clients et responsabilisation des professionnels. Cette condition liée à la présence d'un risque d'endettement lors de la conclusion du crédit exprime la double préoccupation des juges pour la protection des parties faibles et la responsabilisation des professionnels dispensateurs du crédit¹²⁹⁰. Cette jurisprudence s'inscrit dans l'esprit de la directive européenne 2008/48 du 23 avril 2008 qui demande aux Etats Membres de « *prendre les mesures appropriées afin de promouvoir les pratiques responsables lors de toutes les phases de la relation de prêt, en tenant compte des caractéristiques particulières de leur marché du crédit. Ces mesures peuvent inclure, par exemple, l'information et l'éducation des consommateurs, y compris des mises en garde sur les risques du défaut de paiement ou du surendettement. Il importe, en particulier sur un marché du crédit en expansion, que les prêteurs ne soient pas amenés à octroyer des prêts de manière irresponsable ou à accorder des crédits sans évaluation préalable de la solvabilité et que les États membres exercent la surveillance nécessaire afin de prévenir de tels comportements, et définissent les moyens nécessaires pour sanctionner les prêteurs qui en seraient auteurs*¹²⁹¹ ».

673. Mise en garde et liberté contractuelle. Il convient de souligner que l'obligation de mise en garde impose au banquier uniquement un devoir d'alerte sur les risques inhérents à l'opération de crédit projetée, mais elle n'interdit pas au banquier de vendre des crédits aux personnes alertées, mais qui ont accepté de courir le risque. Cette obligation, tout comme celle d'information sont des instruments juridiques qui visent avant tout la protection du consentement et donc implicitement à corriger l'inégalité des parties résultant d'une asymétrie informationnelle. Une fois informé et mis en garde, le client profane est présumé être en mesure d'exercer son libre choix.

¹²⁸⁹ Voir en ce sens Cass. 1^{re} civ., 18 février 2009, n° 08-11.221, JurisData n° 2009-047086 ; D. 2009. AJ. 625, obs. V. AVENA-ROBARDET ; JCP 2009. II. 10091, obs. A. GOURIO ; JCP E 2009. 1364, note S. PIEDELIÈVRE ; Cass com. 7 juill. 2009, D. 2009. AJ. 2034, obs. X. DELPECH, et Jur. 2318, note LASSERRE CAPDEVILLE ; Lamy droit du financement 2009, n° 2932 et s.

¹²⁹⁰ B. STAUDER, « Le prêt responsable, l'exemple de la nouvelle loi suisse sur le crédit à la consommation », in *Liber amirocum*, J. Calais-Auloy, Dalloz, 2004 p. 1029.

¹²⁹¹ Consid. 26 de la directive 2008/48/CE du 23 avril 2008 précitée.

E. Preuve

674. Spécificités de la preuve en matière d'obligation de mise en garde. Le banquier a une obligation de mise en garde, fondée sur le droit commun des contrats seulement à l'égard de l'emprunteur non averti. Par conséquent, en matière de preuve deux questions se posent : d'une part, il s'agit de mettre en évidence que l'appréciation de la qualité du client revient aux juges de fond et, d'autre part, il s'agit de souligner que le banquier doit démontrer qu'il a accompli son devoir à l'égard du client profane. Du reste, il convient de souligner que les règles applicables à la preuve de l'obligation d'information sont identiques, fort témoignage des ressemblances qui existent entre les deux instruments juridiques.

675. Charge de la preuve du caractère averti ou profane de l'emprunteur. Etant donné qu'il n'y a pas une définition concrète de l'emprunteur averti ou profane et qu'en matière d'obligation de mise en garde la Cour de cassation a opté pour une approche casuistique, les juges du fond ont un large pouvoir d'appréciation de la qualité de client. Par conséquent, l'emprunteur n'a pas à prouver qu'il est profane. Mais au cas où il est susceptible d'être considéré averti, il doit démontrer que la banque avait, sur sa propre situation financière, des informations qu'il ignorait.

676. Charge de la preuve de la mise en garde. Tout comme en matière d'obligation d'information, la charge de la preuve de la mise en garde du client revient au banquier dispensateur du crédit. C'est la solution retenue en matière d'obligation d'information du médecin par la première chambre civile réunie en formation plénière le 25 février 1997¹²⁹² et transposée ultérieurement en matière bancaire¹²⁹³. Ainsi, en application de l'article 1315 du Code civil, « celui qui est légalement ou contractuellement tenu d'une obligation particulière d'information doit rapporter la preuve de l'exécution de cette obligation¹²⁹⁴ ». L'affinité de l'obligation de mise en garde avec celle d'information justifie l'application des mêmes règles en matière de preuve.

677. Stratégies de défense des établissements bancaires. Pour se défendre, l'établissement de crédit dispose de deux stratégies : soit il conteste être tenu à une obligation de mise en garde, soit il apporte la preuve du bon accomplissement de l'alerte. Dans le premier cas de figure, il semble que les juges demandent au banquier de prouver qu'il a contracté avec un emprunteur averti¹²⁹⁵. Dans le deuxième cas de figure, la preuve de la mise en garde peut se

¹²⁹² Cass 1^{re} civ., 25 février 1997, réunie en formation plénière, pourvoi n° 94-19.685, *Bull.* 1997, I, n° 75.

¹²⁹³ Cass. com., 7 janvier 2004, pourvoi n° 01-10.346, précité : « Attendu que pour statuer comme il a fait, l'arrêt retient qu'en l'état des éléments produits, il n'est pas suffisamment démontré que le Crédit lyonnais aurait commis des fautes de gestion ou d'autres fautes, y compris un manquement à son obligation d'information ; qu'en statuant ainsi, alors que c'est à qui est légalement ou contractuellement tenu d'un devoir d'information ou de conseil d'établir qu'il a satisfait à son obligation, la cour d'appel a inversé la charge de la preuve et violé le texte susvisé. ».

¹²⁹⁴ Cass 1^{re} civ., 25 février 1997 précité.

¹²⁹⁵ Cass 1^{re} civ., 21 février 2006, pourvoi n° 02-19.066, *Bull.* 2006, I, n° 91 : « Ne donne pas de base légale à sa décision une cour d'appel qui accueille une demande en paiement formée par une banque à l'encontre d'emprunteurs lui reprochant d'avoir manqué à son obligation de conseil, sans rechercher si ces derniers

faire en principe par tout moyen, mais, en pratique, la banque a tout intérêt à conserver un document établissant que l'emprunteur a été averti des risques inhérents à l'opération. Les juges de fonds doivent aussi rechercher si la banque, avant d'accorder le crédit, s'est renseignée sur les capacités financières du client.

F. Sanctions

678. Responsabilité contractuelle. Etant donné que la Cour de cassation sanctionne systématiquement le manquement à l'obligation de mise en garde au visa de l'article 1147 du code civil, il est généralement admis que le banquier encourt la responsabilité contractuelle, bien que l'obligation de mise en garde intervienne avant la conclusion du contrat. Par conséquent, une fois la faute contractuelle établie, le droit à réparation du client dépend de deux conditions : la preuve du préjudice subi et du lien de causalité.

679. Préjudice. Classiquement, le dommage dont le créancier peut faire état est soit une perte, soit un manque à gagner, soit la perte d'une chance¹²⁹⁶. En pratique, la nature du dommage a des conséquences importantes sur le montant de l'indemnisation du créancier, en l'occurrence de l'emprunteur. Dans un premier temps, la Cour de cassation a laissé aux juges du fond la possibilité de décider sur le mode et le montant de la réparation due en cas de manquement à l'obligation de mise en garde. Récemment, la Chambre commerciale a jugé en matière de mise en garde à l'égard de la caution que le préjudice « *s'analyse en la perte d'une chance de ne pas contracter* »¹²⁹⁷. En ce qui concerne le montant de la réparation, les juridictions disposent d'une grande liberté d'appréciation. Il est tout à fait possible que l'emprunteur ait sa part de responsabilité dans la mauvaise appréciation du risque pris et les circonstances de chaque affaire détermineront en effet le montant de la réparation.

§2 Analyse des risques juridiques liés au non-respect de l'obligation de mise en garde du banquier

680. Analyse qualitative. En matière bancaire, les opérations de crédit, le cautionnement, ainsi que les opérations d'investissements financiers illustrent la prolifération et la complexité de l'obligation de mise en garde du banquier. Nous avons choisi de limiter notre étude aux opérations de financement des particuliers car notre intention n'est pas de procéder à une étude exhaustive en la matière, mais d'en illustrer les implications dans la gestion des risques

pouvaient être considérés comme des emprunteurs avertis et, dans la négative, si la banque les avait alertés sur l'importance du risque encouru et avait ainsi rempli son devoir de mise en garde ».

¹²⁹⁶ F. TERRE, PH. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, op. cit. n° 700 et s.

¹²⁹⁷ X. DELPECH « Obligation de mise en garde : préjudice né du manquement », *D.* 2009, p. 2607 ; D. HOUTCIEFF, « La perte d'une chance de ne pas cautionner ou l'indemnisation du hasard et des coïncidences » *D.* 2009 p. 2971 ; CA Nancy, 1^{ère} ch. civ., 10 juin 2008, Banque populaire Lorraine Champagne c/ Schmittinger, *JurisData* n° 2008-37074, *JCP E*, 2009, 1107.

juridiques bancaires. Sans reprendre les observations déjà faites sur la typologie des risques opérationnels (fréquents et extrêmes) et sur les concepts clés de l'analyse des risques (analyse qualitative et quantitative, probabilité, fréquence, etc.), nous allons appliquer la grille d'analyse des risques juridiques détaillée lorsqu'on a étudié les implications du non-respect de l'obligation d'information.

681. Annonce du plan. Nous ferons tout d'abord quelques observations préliminaires (A) et aborderons ensuite l'analyse qualitative des risques attachés à cette obligation (B).

A. Observations préliminaires

682. Risques fréquents et d'amplitude. La responsabilité de la banque en matière d'octroi du crédit est souvent recherchée sur le terrain de la violation de l'obligation de mise en garde à l'égard du client. Du point de vue de l'analyse des risques, il s'agit d'un risque opérationnel fréquent conformément à la définition qu'on lui a donnée. Cependant, l'entrée en vigueur de l'action collective en droit français indique que ce genre de risque peut facilement se transformer dans un risque d'amplitude (extrême) en raison du nombre potentiellement grand des clients mécontents qui pourraient entraîner un risque de perte conséquente, associé à un fort risque d'image pour la banque.

683. Délimitation de l'analyse. Si, en matière d'obligation d'information, nous avons déjà donné des exemples pour illustrer les deux types de risques - fréquent et extrême -, cette fois-ci nous nous bornerons à l'analyse du risque fréquent, sans pour autant exclure l'éventualité d'un risque d'amplitude. Bien évidemment, en pratique, il reviendra à chaque établissement de définir sa politique interne d'analyse des risques juridiques. Il est tout à fait concevable de prévoir des analyses de risques fréquents dédiés à chaque filière (par exemple pour la filière financements des particuliers, filière titres, filière banque privée, etc.), ainsi que des analyses transversales de risques d'amplitude. Mais, à ce stade, notre but est d'insister sur les causes de ce risque juridique et d'essayer de définir une stratégie en la matière. L'approche casuistique retenue par la Cour de cassation, les incertitudes quant à la détermination des parties qui ont droit aux avertissements du banquier, la problématique plus générale du préjudice et de la preuve font que la matière est en évolution constante, donnant naissance à un important contentieux.

B. Analyse qualitative

684. Éléments de l'analyse qualitative. L'analyse qualitative des risques est une partie essentiellement descriptive, dont la finalité est de comprendre les causes des risques (potentiels ou avérés) leurs conséquences, d'évaluer les contrôles existants et de proposer de nouvelles mesures afin de supprimer ou réduire les risques au niveau de chaque banque. Comme nous l'avons déjà dit, l'identification des événements redoutés est le point central de l'analyse de risque, car c'est le fondement même de l'analyse quantitative qui permettra à la banque de calculer ses besoins en matière de fonds propres.

685. Observation préliminaire sur les risques engendrés par les différentes obligations de mise en garde. En matière d'obligation de mise en garde, il faut préciser que le risque juridique le plus fort n'est pas généré par l'obligation imposée par le droit de la consommation, car celle-ci présente l'avantage de pouvoir être plus facilement mise en œuvre. Le risque juridique est surtout alimenté par la construction prétorienne qui s'est faite en étapes successives et qui est loin d'être achevée. Encore une fois, tout comme en matière d'obligation d'information, c'est le « *forçage* »¹²⁹⁸ du contrat qui alimente le risque opérationnel de nature juridique pour la banque. La reconnaissance prétorienne d'une obligation de mise en garde en dehors de toute disposition législative spéciale et l'incertitude qui résulte de l'appréciation subjective de la qualité profane ou avertie du client sont des éléments imprévisibles et donc difficilement quantifiables.

1. Description

686. Cas de figures. Schématiquement, la responsabilité de la banque pour défaut de mise en garde se rencontre dans deux cas de figures. Classiquement, un premier scénario implique un client qui, après avoir contracté un emprunt bancaire, fait l'objet d'une action en recouvrement, contre laquelle il se défend en cherchant à engager la responsabilité de la banque pour lui avoir consenti un crédit d'un montant excessif par rapport à ses capacités de remboursement. Moins fréquemment, un autre cas de figure est celui du client qui prend l'initiative de poursuivre la banque, en dehors de toute action en paiement, en reprochant à la banque de ne pas l'avoir éclairé sur les avantages et inconvénients du choix qu'il avait entre le recours au crédit et l'utilisation de l'épargne disponible afin d'atteindre la finalité qu'il avait exposée au banquier (par exemple pour couvrir le solde débiteur de son compte de dépôt)¹²⁹⁹.

¹²⁹⁸ L. JOSSERAND a consacré l'expression, voir en ce sens « Le forçage du contrat » in *Etudes Gény*, t. 2, Sirey, 1934, p. 340 ; L. LEVENEUR, « Le forçage du contrat » in *Que reste-t-il de l'intangibilité du contrat ?*, (colloque), *Droit et patr.*, 1998, p. 69.

¹²⁹⁹ C'est un cas réel qui a fait l'objet d'un arrêt célèbre : Cass. 1^{ère} civ., 12 juillet 2005, n° 03-10770, précité.

2. Cas avérés

687. Veille juridique et collecte des données externes. En ce qui concerne les données externes, à titre d'exemple, sans aucune prétention d'exhaustivité, nous citons des arrêts de la Cour de cassation qui évoquent l'obligation de mise en garde du banquier à l'égard de son client (période 2007-2012, source site internet Légifrance). Précisons que la plupart d'entre eux nous ont déjà servi dans les passages antérieurs pour mettre en évidence les caractéristiques de l'obligation de mise en garde. Il s'agit maintenant de donner un exemple concret de ce que devrait être la main courante d'un analyste de risque juridique, qui devra faire une veille juridique constante. Bien évidemment, l'outil interne devra être enrichi avec des informations concernant le montant des préjudices et éventuellement, si possible, avec le montant des remboursements.

Arrêt	Résumé
Cass. com., 26 janvier 2010, pourvoi n° 08-18.354, <i>Bull.</i> 2010, IV, n° 21	La prescription d'une action en responsabilité court à compter de la réalisation du dommage ou de la date à laquelle il est révélé à la victime si celle-ci établit qu'elle n'en avait pas eu précédemment connaissance ; le dommage résultant d'un manquement à l'obligation de mise en garde consistant en une perte de chance de ne pas contracter se manifeste dès l'octroi des crédits. Justifie légalement sa décision la cour d'appel qui retient que l'inexécution de l'obligation de mise en garde alléguée par l'emprunteur à l'encontre de deux banques ayant consenti un prêt le 31 mars 1988 et une ouverture de crédit le 29 novembre 1991 s'est manifestée à la date de conclusion des contrats et que l'action en paiement engagée en février 2004 contre les banques est prescrite.
Cass. com., 17 novembre 2009, 08-70.197, Publié au bulletin	Le banquier auquel il appartient de démontrer qu'il a rempli son obligation de mise en garde, est dispensé de cette obligation s'il établit que son client a la qualité d'emprunteur averti. En conséquence, c'est sans inverser la charge de la preuve et dans l'exercice de son pouvoir souverain d'appréciation qu'une cour d'appel a retenu qu'une emprunteuse, qui était employée en qualité d'agent d'entretien, n'avait aucune expérience dans la gestion d'entreprise, et ne disposait d'aucune compétence pour apprécier elle-même la pertinence du montage financier et les perspectives d'avenir de l'entreprise de transports routiers de son mari, était une emprunteuse non avertie.
Cass. com., 20 octobre 2009, 08-20.274, Publié au bulletin	Le préjudice né du manquement par un établissement de crédit à son obligation de mise en garde s'analyse en la perte d'une chance de ne pas contracter. En conséquence, viole l'article 1147 du code civil, la cour d'appel qui retient que le préjudice découlant du manquement d'une banque à son devoir de mise en garde envers une caution consiste pour celle-ci à devoir faire face au remboursement du prêt consenti au débiteur principal à concurrence du montant de son engagement.

<p>Cass. 1^{ère} civ., 25 juin 2009, 08-16.434, Publié au bulletin</p>	<p>Des emprunteurs non avertis ne peuvent imputer à une banque un manquement à son devoir de mise en garde pour leur avoir octroyé, sans vérification, des prêts disproportionnés à leurs revenus, dès lors qu'il est établi qu'en considération d'avis d'imposition et d'une fiche de renseignements remplie par les emprunteurs à la demande de la banque, à laquelle il ne peut être reproché de s'être fondée sur des informations erronées sciemment fournies par ces derniers, celle-ci avait vérifié leurs capacités financières, lesquelles leur permettaient de répondre des engagements par eux souscrits.</p>
<p>Cass. 1^{ère} civ., 30 avril 2009, 07-18.334, Publié au bulletin</p>	<p>La banque qui consent un prêt à un emprunteur non averti est tenue à son égard, lors de la conclusion du contrat, d'un devoir de mise en garde en considération de ses capacités financières et des risques de l'endettement né de l'octroi du prêt, dont elle ne peut être dispensée par la présence au côté de l'emprunteur d'une personne avertie, peu important qu'elle soit tiers ou partie.</p>
<p>Cass. 1^{ère} civ., 6 décembre 2007, 06-15.258, Publié au bulletin</p>	<p>Prive sa décision de base légale, la cour d'appel qui ne précise pas si les emprunteurs étaient des emprunteurs avertis, et, dans la négative, si la banque avait satisfait à son devoir de mise en garde eu égard à leurs capacités financières et au risque d'endettement né de l'octroi des prêts.</p>
<p>Cass. Ch. Mixte, 29 juin 2007, 05-21.104, Publié au bulletin</p>	<p>Prive sa décision de base légale, la cour d'appel qui ne précise pas si un professionnel souscrivant un prêt a la qualité d'emprunteur non averti, et, dans l'affirmative, si, conformément au devoir de mise en garde auquel est tenue la banque à son égard lors de la conclusion du contrat, celle-ci justifiait avoir satisfait à cette obligation à raison des capacités financières de l'emprunteur et des risques de l'endettement né de l'octroi des prêts.</p>
<p>Cass. 1^{ère} civ., 13 février 2007, 04-17.287, Publié au bulletin</p>	<p>Prive sa décision de base légale au regard de l'article 1147 du code civil, une cour d'appel qui accueille la demande d'une banque en paiement de sommes restant dues au titre des prêts consentis, sans rechercher si les emprunteurs pouvaient ou non être regardés comme des emprunteurs profanes et, dans l'affirmative, si, conformément au devoir de mise en garde auquel elle était tenue à leur égard, la banque avait vérifié leurs capacités financières avant de leur apporter son concours et les avait alertés sur les risques de l'endettement né de l'octroi des prêts.</p>

688. Répertoire les données internes. Quant aux données internes, il revient à chaque établissement de dresser un inventaire des litiges qui soulèvent un manquement à l'obligation de mise en garde de la banque (à la fois procès et réclamations traitées en internes).

3. Causes

689. Cause externe : approche casuistique et incertitude des qualifications des parties.

L'une des principales causes externes du risque opérationnel de nature juridique bancaire en matière d'obligation de mise en garde réside dans l'appréciation subjective de la qualité du client, ce qui se traduit dans une incertitude quant aux frontières fluctuantes entre les clients profanes et avertis¹³⁰⁰. En effet, il n'est pas facile de fixer la composition exacte de chaque catégorie, car la Cour de cassation a adopté une approche casuistique en la matière, n'imposant aucune présomption. L'identification de la qualité de profane ou averti revient à l'appréciation souveraine des juges du fond. De surcroît, il faut noter que certaines jurisprudences semblent être parfois contradictoires. Ainsi, « *la première chambre civile a permis à un emprunteur profane de bénéficier du devoir de mise en garde, alors même que la cour d'appel avait retenu que son père, cadre de banque, pouvait l'informer, alors que la chambre commerciale refuse le bénéfice du devoir de mise en garde à l'épouse d'un cadre bancaire*¹³⁰¹. »

690. Causes internes. En ce qui concerne les défaillances des processus internes de la banque qui peuvent expliquer l'octroi d'un crédit excessif ou inadapté à un client, nous pouvons mentionner, classiquement, la formation déficitaire de la force de vente de la banque ou le manque de sensibilisation des conseillers clientèle quant à la distinction profane/averti et à ses implications. Concomitamment, la politique inadéquate de constitution et/ou conservation des preuves du bon accomplissement de l'obligation de mise en garde pourrait être également à la base d'une décision judiciaire en défaveur de la banque. Une autre cause interne pourrait être la commercialisation des crédits excessifs sous l'impulsion d'une politique interne de rémunération des vendeurs -conseillers en fonction de la quantité et non pas de la qualité des produits bancaires commercialisés.

4. Conséquences

691. Sanctions juridiques. L'indemnisation de la victime dépend de la nature de préjudice né de la faute commise par la banque à l'égard des emprunteurs et fait l'objet de l'appréciation souveraine des juges du fond qui fixent le mode et le montant de la réparation. La banque peut perdre les intérêts produits par la somme prêtée¹³⁰², elle peut être condamnée à des dommages-intérêts qui vont varier en fonction de la faute commise, aux dépens de la procédure, voire aux dépens prévus en application de l'article 700 du nouveau Code de procédure civile. Les sanctions prévues par le Code de la consommation en matière de crédit à

¹³⁰⁰ A. GOURIO, *JCP G* 2005, II 10140 ; *RD bancaire et fin* ;, janvier 2001, n° 50 et s.

¹³⁰¹ Rapport de M. BETCH, Conseiller rapporteur Cour de Cassation, Rapport commun aux deux pourvois, Cass. Ch. mixte, 29 juin 2007, pourvoi n° 05-21.104 et pourvoi n° 06-11.673, *BICC*, 15 octobre 2007 *BICC*, 15 octobre 2007.

¹³⁰² Cass. 1^{re} civ., 12 juill. 2005, n° 03-10.921, *D.* 2005. Jur. 3094, note B. PARANCE, et *AJ.* 2276, obs. X. DELPECH ; *JCP* 2005. II. 10140, note A. GOURIO ; *JCP E* 2005. 1359, note D. LEGAIS.

la consommation ne sont pas exclusives de l'application des règles de la responsabilité civile de droit commun.

692. Coûts additionnels. L'analyse des risques devra prendre en compte également les coûts internes engendré par le traitement des dossiers contentieux : les honoraires, les protocoles d'accord, etc.

5. Contrôles

693. Formation et sensibilisation des collaborateurs aux exigences légales. Chaque service juridique, en étroite collaboration avec la fonction conformité, doit mettre en place des procédures expliquant le risque juridique, les démarches à accomplir, les bonnes pratiques en matière de commercialisation des crédits, la primauté des intérêts de clients, etc.

694. Audit juridique et de conformité. Etant donné l'importance accordée du législateur à la protection des consommateurs des crédits, et surtout dans le contexte de l'entrée en vigueur des actions collectives en droit français, il convient que les services juridiques et de conformité exercent des contrôles ponctuels sur les dossiers, visant le respect des alertes et leur conservation.

6. Propositions

695. Adopter des présomptions. En fonction de la fréquence et de la criticité du risque, il peut s'avérer opportun de préconiser une stratégie de gestion de risque consistant dans l'instauration en interne d'une présomption d'emprunteur averti à l'égard des professionnels, et pour toutes les autres catégories de clients de mettre en place une procédure de mise en garde.

Nous allons analyser maintenant l'obligation de conseil du banquier et les risques juridiques afférents.

Section III: L'obligation de conseil du banquier envers ses clients

696. Que reste-t-il de l'obligation de conseil ? Traiter de l'obligation de conseil du banquier dans le contexte actuel de l'évolution de la jurisprudence civile et commerciale française pourrait paraître vain, car depuis quelques années l'affirmation de l'obligation de mise en garde semble l'avoir presque entièrement absorbée.

697. Evolution du droit positif et restriction du périmètre d'action de l'obligation de conseil. En matière de financement des particuliers via des crédits à la consommation ou des crédits immobiliers, la Cour de cassation a abandonné la notion d'obligation de conseil pour ne retenir que celle de mise en garde. La même tendance peut être constatée dans le domaine des services financiers où la plupart des arrêts sont rendus sur le même fondement de l'obligation de mise en garde. Cependant, en ce qui concerne ce deuxième terrain d'élection de la nouvelle obligation de mise en garde, il convient de préciser que peu de décisions de jurisprudence ont été prononcées en application de la législation ultérieure à la transposition de la directive européenne MIF/MIFID du 21 avril 2004. Il convient de souligner que tant en droit français qu'en droit belge, à ce jour, la plupart des décisions sont fondées sur les anciennes dispositions législatives et par conséquent on ne connaît pas encore l'impact sur la jurisprudence de la transposition de la directive européenne MIF. Dans ce contexte, il faut prendre en compte la possibilité d'assister à des revirements jurisprudentiels en la matière.

En tout cas, il faut observer que malgré l'inflation des termes « conseil » et « conseiller clientèle » dans les communications de la banque avec ses clients, la terminologie du terrain n'est pas reflétée par celle de la jurisprudence où l'on use de moins en moins la notion d'obligation de conseil qui a « *sans doute désormais un caractère résiduel*¹³⁰³ ».

698. Recul de l'obligation de conseil d'origine jurisprudentielle. Il s'agit en effet d'une évolution de la vision prétorienne en matière de responsabilité bancaire. Si, dans un premier temps, il y a eu un certain amalgame entre information, conseil, mise en garde, obligation de contracter de bonne foi¹³⁰⁴, obligation d'« obligation d'information et de conseil »¹³⁰⁵, au fur

¹³⁰³ R. ROUTIER, *op. cit.*, n° 353.10.

¹³⁰⁴ Cass. com., 20 septembre 2005, pourvoi n° 03-19.732, *Bull.*, n° 176, p. 191 : « En relevant qu'une société de crédit-bail, ayant conclu des contrats de crédit-bail avec une société franchisée, avait disposé d'éléments contenus dans un dossier établi par le franchiseur et transmis directement par lui sans que les dirigeants de la société franchisée, cautions solidaires, en aient eu connaissance, et en retenant qu'un professionnel du crédit ne pouvait que déduire de ces éléments l'échec prévisible et même probable de l'opération entreprise, une cour d'appel a ainsi fait ressortir que le créancier détenait, au moment de la conclusion du cautionnement, des informations sur la viabilité de l'opération entreprise par la société emprunteuse dirigée par les cautions et que, par suite de circonstances exceptionnelles, ces dernières ignoraient, et a pu en déduire que cette crédit-bailleresse avait manqué à son obligation de contracter de bonne foi à l'égard des cautions » ; *JCP E* 2006, 1145, note D. LEGEAIS.

¹³⁰⁵ Cass. com., 11 mai 1999, pourvoi n° 96-16.088 BNP c/ les époux Meneteau, *Bull.*, n° 95, rapp. C. cass. 1999, p. 358 : « Doit être d'un découvert excessif en compte courant, sans rechercher si la banque savait que la situation de l'entreprise était irrémédiablement compromise et, dans le cas où elle l'aurait été, si par suite de circonstances exceptionnelles, le dirigeant l'ignorait ; dès lors que les débiteurs d'un prêt bancaire n'ont jamais prétendu que la banque aurait eu sur la fragilité de leur situation financière des informations qu'eux-mêmes auraient ignorées, les juges du fond ont pu décider qu'ils étaient mal fondés à reprocher à cette banque d'avoir manqué à son obligation d'information et de conseil en leur accordant un prêt sans considération de leurs capacités de remboursement déjà obérées par d'autres emprunts » ; Rapp. Cass. com., 18 février 1997, *Bull.*, n° 52, p. 46 (rejet) ; Cass. com., 11 mai 1999, pourvoi n° 96-16.088 BNP c/ les époux Meneteau, *Bull. civ. IV*, n° 95, *RTD com.* 1999, 733, obs. M. CABRILLAC Rapp. C. cass. 1999, p. 358 *JCP E* 1999, p. 1730, 2ème espèce, note D. LEGEAIS ; *JCP E*, 1999-10-08 n° 43 p. 1731 note D. LEGEAIS ; Cass. 1^{re} civ., 27 juin 1995, pourvoi n° 92-19.212, *Bull.*, n° 288 : « la présentation d'une offre préalable conforme aux exigences de l'art. 5 de la loi du 13 juillet 1979 ne dispense pas l'établissement de crédit de son devoir de conseil à l'égard de l'emprunteur, en particulier lorsqu'il apparaît à ce professionnel que les charges du prêt sont excessives par rapport à la modicité des ressources du consommateur » ; manque à son devoir de conseil l'établissement de crédit qui consent un prêt dont les

et à mesure les juges ont fait un effort de systématisation en la matière qui s'est concrétisé tout d'abord par une distinction nette entre le devoir d'information et celui de conseil¹³⁰⁶, et ensuite par la découverte de l'obligation de mise en garde¹³⁰⁷ qui s'est détachée du devoir de conseil. Cette évolution jurisprudentielle a abouti à restreindre le périmètre de l'obligation de conseil, sans pour autant l'encadrer clairement.

699. Consécration d'une obligation légale de droit spécial. En revanche, l'obligation de conseil apparaît explicitement dans certains textes récents de droit spécial, en grande majorité codifiés dans le Code monétaire et financiers et dans le Code des assurances ou repris dans le règlement général de l'Autorité des marchés financiers. Cette évolution du droit positif met en évidence le glissement vers une obligation légale de droit spécial.

700. En Belgique. En droit belge, une évolution similaire peut être constatée, de la confusion terminologique à la distinction claire et nette entre l'information et le conseil, avec l'émergence timide de la mise en garde prétorienne, accompagnée d'une réserve justifiée au nom du principe de non-immixtion de la banque dans les affaires de ses clients, à l'égard de l'obligation de conseil en dehors de l'hypothèse classique du mandat de gestion¹³⁰⁸.

701. Annonce du plan. Dans ce contexte, nous étudierons successivement d'une part le concept d'obligation de conseil, ses sources, ses conditions d'existence, son exécution (§1) et d'autre part les risques opérationnels de nature juridique associés au manquement à l'obligation de conseil (§2).

charges sont excessives au regard de la modicité des ressources de l'emprunteur, sans avoir mis en garde cet emprunteur sur l'importance de l'endettement résultant de l'octroi de ce prêt ; *Defrénois* 1995, art. 36210, n° 149, p.1416, obs. D. MAZEAUD ; D. 1995, p.621, note S. PIEDELIEVRE ; *RD bancaire et bourse* 1995, p.185, obs. F.-J. CREDOT et Y. GERARD ; *RTD com.* 1995, p. 170, obs.M. CABRILLAC ; *JCP E* 1996, II, 772, note D. LEGEAIS ; *RTD civ.* 1996, p. 384, J. MESTRE ; *Defrénois* 1996, art. 36352, p. 689 ; D. 7 déc. 1995, n° 43, p. 621, note S. PIEDELIEVRE ; A. BAC et D. LEGEAIS, « La responsabilité du banquier dispensateur du crédit », *J.-Cl. Droit des entreprises*, Fasc. 446 ; Cass. com., 26 mars 2002, pourvoi n° 99-13.810, *Bull.*, n° 57 (arrêt X...) : « Dès lors que les débiteurs d'un prêt bancaire n'ont jamais prétendu que la banque aurait eu sur la fragilité de leur situation financière des informations qu'eux-mêmes auraient ignorées, les juges du fond ont pu décider qu'ils étaient mal fondés à reprocher à cette banque d'avoir manqué à son obligation d'information et de conseil en leur accordant un prêt sans considération de leurs capacités de remboursement déjà obérées par d'autres emprunts » ; *JCP E* 2002, 852, note A. GOURIO ; *RTD com.* 2002, p. 523, obs. M. CABRILLAC.

¹³⁰⁶ Com., 18 février 1997, pourvoi n° 94-18.073, *Bull.*, n° 52, p. 46 : « une cour d'appel a pu décider qu'une banque n'a pas commis de faute en consentant un crédit destiné à la réalisation d'un lotissement dès lors qu'elle retient que la banque n'était pas débitrice d'une obligation de conseil au profit de son client, que celui-ci avait eu recours au service de professionnels pour préparer son opération immobilière, que la commune était également partie prenante à cette opération, laquelle paraissait sérieuse et réalisable au moment de l'octroi du crédit, la cour d'appel a pu décider que la CRCA n'avait pas commis de faute ».

¹³⁰⁷ Cass. com., 10 octobre 2000, pourvoi n° 97-20.516 : « la cour d'appel a fait apparaître que les dommages-intérêts accordés avaient pour objet de réparer la perte de chance résultant pour les époux K. de l'abstention de l'établissement de crédit à les mettre en garde contre les risques de leur engagement, et a estimé souverainement que cette chance de ne pas souscrire l'engagement au cas où ils auraient été avisés de ces risques devait s'évaluer au montant fixé ».

¹³⁰⁸ J.-P. BUYLE, « Les obligations d'information, de renseignement, de mise en garde et de conseil des professionnels de la finance », *op. cit.*, p. 167 et s. ; J.-P. BUYLE, P. PROESMANS, « La jurisprudence d'après crise 2007 en matière d'opérations bancaires », *op. cit.*, p. 41 et s.

§1 Existence et exécution de l'obligation de conseil du banquier

Il convient tout d'abord de cerner la notion d'obligation de conseil et ensuite de présenter son périmètre, ses sources, les conditions d'existence, ainsi que son exécution.

A. Notion

Nous montrerons les caractéristiques de l'obligation de conseil, en insistant sur son objet précis qui la distingue des obligations d'information et de mise en garde.

1. Définition

702. A la recherche d'une définition. L'obligation de conseil impose au banquier d'orienter la décision de ses clients lorsqu'il y a une pluralité de solutions, en fonction de leur connaissance, de leur expérience en la matière, ainsi que de leur situation financière et de leurs objectifs dans le but de leur proposer des services bancaires adaptés. L'obligation de conseil va au-delà de la simple information et de la mise en garde qui n'est *in fine* qu'un conseil négatif (de ne pas faire)¹³⁰⁹. Selon M. Alain Gourio, « *le devoir de conseil consiste à aider l'autre partie dans ses choix, à l'inciter à agir au mieux de ses intérêts, à orienter sa décision en opportunité ; c'est une opinion donnée à quelqu'un sur ce qu'il convient qu'il fasse ou ne fasse pas ; il se distingue du "renseignement à l'état brut" issu de l'obligation d'information et de l'obligation de mise en garde qui implique seulement d'attirer l'attention du cocontractant sur un aspect négatif du contrat* »¹³¹⁰. Conseiller un client revient à l'inciter à choisir telle solution plutôt que telle autre, car répondant mieux aux intérêts exprimés par le client.

703. Caractéristiques distinctives. Puisque la mise en garde peut être considérée comme étant une incitation à ne pas faire, il s'en déduit logiquement que l'obligation de conseil est une incitation à faire. Le domaine d'application de l'obligation de conseil est différent de celui de l'obligation d'information qui a vocation à s'appliquer de manière générale au bénéfice de tous ceux qui se trouvent dans une situation d'inégalité informationnelle par rapport au professionnel. Il diffère également de celui du devoir de mise en garde qui, comme nous l'avons vu, profite à ceux qui cumulativement sont affectés par l'asymétrie informationnelle et ont été exposés à un risque décelable dans la phase précontractuelle. Dans les faits, l'obligation de conseil du banquier est limitée à un périmètre restreint et existe, à la différence des obligations d'information et de mise en garde, même en présence d'un client averti. En effet, l'obligation de conseil n'a pas vocation à être généralisée, elle est autonome, mais limitée à la fois par son périmètre et ses conditions d'existence. Elle représente un avis

¹³⁰⁹ V. CHRISTIANOS, thèse, *op.cit.*, p. 177 ; M. FABRE-MAGNAN, *De l'obligation d'information dans les contrats*, *op. cit.*, n° 477, p. 390 ; M.-H. MALEVILLE, « La responsabilité civile des intermédiaires professionnels au titre du devoir de conseil », *JCP G*, 2000, I, 222, n° 5, p. 732.

¹³¹⁰ A. GOURIO, « La responsabilité civile du prêteur au titre de l'octroi d'un crédit à un particulier », *RD bancaire et finan.* janvier 2001, p. 50.

personnalisé qui s'impose, seulement dans certaines circonstances, aux clients en fonction de leur situation particulière, qui peut varier du simple néophyte au client averti.

Les modalités d'exécution de l'obligation de conseil sont spécifiques et contraignantes¹³¹¹, nécessitant un dialogue entre le banquier et le client qui, le plus souvent, prend la forme d'un questionnaire spécialisé qui permet au banquier d'identifier le profil du client, sa vision personnelle du risque, ses attentes en matière de rendement. Elle impose au banquier de se renseigner, de prendre le temps de comprendre les besoins de clients, de proposer des produits bancaires adaptés au profil particulier de chaque client et enfin de servir au mieux les intérêts du client. De surcroît, l'obligation de conseil apparaît plutôt comme une exception au principe de non-immixtion du banquier¹³¹² à la différence évidente des obligations d'information et de mise en garde.

2. Le conseil : l'objet précis de l'obligation

704. Objet précis. Depuis l'entrée en vigueur de la directive européenne MIF, l'article D. 321-1.5° du Code monétaire et financier définit le conseil en investissement comme « *le fait de fournir des recommandations personnalisées à un tiers*¹³¹³, [...] *concernant une ou plusieurs transactions portant sur des instruments financiers.* ». La Cour de justice de l'Union européenne a eu l'occasion d'apporter des précisions concernant cette notion dans un arrêt rendu le 30 mai 2013¹³¹⁴, soulignant que le conseil en investissement ne dépend pas de la nature de l'instrument financier qui en fait l'objet, mais de la manière dont celui-ci est proposé au client. Ainsi, elle a jugé que « *le fait de proposer un contrat d'échange à un client afin de couvrir le risque de variation du taux d'intérêt d'un produit financier que ce client a souscrit, constitue un service de conseil en investissement (...), pour autant que la recommandation portant sur la souscription d'un tel contrat d'échange est adressée à ce client en raison de sa qualité d'investisseur, qu'elle est présentée comme adaptée audit client ou fondée sur l'examen de la situation propre à celui-ci et qu'elle n'est pas exclusivement diffusée par des canaux de distribution ou destinée au public.* ».

¹³¹¹ R. HATTAB, *thèse, op. cit.*, n° 37 et s.

¹³¹² Ce qui n'empêche pas la Cour de cassation de refuser parfois la reconnaissance d'un quelconque devoir de conseil au nom de la préservation du devoir de non-ingérence : Cass. com., 13 décembre 2005, pourvoi n° 04-14.418 : « la banque ne doit pas s'immiscer dans les affaires de ses clients ».

¹³¹³ La directive 2004/39/CE prévoit que le « conseil en investissement » est défini comme la fourniture de recommandations personnalisées à un client, soit à sa demande, soit à l'initiative du prestataire de services d'investissement, en ce qui concerne une ou plusieurs transactions portant sur des instruments financiers. Le texte européen utilise le mot de "*client*" là où le texte de transposition français, l'art. D. 321-1. 5° du CMF, utilise le mot de "*tiers*". La notion de conseil est un sujet de débat dans la doctrine (voir Ph. ARESTAN « Le service de conseil en investissement de la directive sur les marchés financiers (MIF) » in *Mélanges AEDBF – France*, 1^{er} décembre 2008, pp. 11 à 43 qui souligne que le débat a en effet une portée concrète très limitée. L'AMF retient le terme "*client*" dans son guide "*Questions / Réponses sur différents éléments d'application des textes transposant la MIF*" dans sa version du 9 avril 2009, p. 14.

¹³¹⁴ C.J.U.E., 30 mai 2013, *Genil 48 SL e.a.*, C-604/11, non encore publié au Recueil ; Voir Ph. -E. PARTSCH, « Chronique de droit bancaire et financier européen », *J.D.E* 2014, pp. 29 et ss.

705. Un conseil est une "recommandation personnalisée". Le Règlement Général de l'AMF¹³¹⁵, en s'appuyant sur la législation européenne et sur l'article D. 321-1 du Code monétaire et financier, précise qu'une « *recommandation est personnalisée lorsqu'elle est adressée à une personne en raison de sa qualité d'investisseur ou d'investisseur potentiel, ou de sa qualité de représentant d'un investisseur ou investisseur potentiel.*

Cette recommandation doit être présentée comme adaptée à cette personne, ou fondée sur l'examen de la situation propre de cette personne, et doit recommander la réalisation d'une opération relevant des catégories suivantes :

1° L'achat, la vente, la souscription, l'échange, le remboursement, la détention ou la prise ferme d'un instrument financier particulier ;

2° L'exercice ou le non-exercice du droit conféré par un instrument financier particulier d'acheter, de vendre, de souscrire, d'échanger ou de rembourser un instrument financier.»

Par conséquent, la notion de recommandation "personnalisée"¹³¹⁶ doit respecter cumulativement plusieurs critères concernant le destinataire, l'objet et ses principales caractéristiques. Ainsi, elle doit être faite à une personne déterminée, prise en sa qualité d'investisseur ou d'investisseur potentiel, ou d'agent d'un investisseur ou d'un investisseur potentiel ; elle doit porter sur la réalisation de certaines opérations et elle doit se présenter comme adaptée à cet investisseur ou fondée sur l'examen de sa situation propre.

706. Un conseil est une recommandation à caractère individuel. Dans le cadre des précisions qu'elle apporte sur la notion de conseil, l'Autorité des marchés financiers (AMF) précise qu'une « *recommandation n'est pas réputée personnalisée si elle est exclusivement diffusée par des canaux de distribution ou destinée au public*¹³¹⁷ ». Ainsi, il ne s'agit pas, en principe, de "recommandations personnalisées" lorsque le banquier prestataire de services d'investissement se limite à expliquer les risques et avantages d'un ou plusieurs instruments financiers déterminés, ou lorsqu'il produit des tableaux de classement de performances d'instruments financiers par rapport à des indicateurs de référence publiés. Cependant, ces communications devraient être considérées comme des recommandations personnalisées si elles s'accompagnent d'un jugement de valeur sur l'opportunité de l'opération ou s'il s'avère que les informations fournies ont été fondées sur un examen de la situation personnelle du client. Par conséquent, le conseil n'est pas une recommandation à caractère général.

¹³¹⁵ Art. 314-43 du Règlement Général AMF.

¹³¹⁶ Art. 52 de la directive d'application MIF, transposé à l'art. 314-43 du Règlement Général AMF.

¹³¹⁷ Art. 314-43 du Règlement Général AMF ; Voir également AMF, "Questions / Réponses sur différents éléments d'application des textes transposant la directive MIF", *op.cit.*, pp. 14 à 16.

B. Périmètre

707. Frontières fluctuantes suite à une importante évolution en la matière. Avant la création jurisprudentielle de l'obligation de mise en garde, l'obligation de conseil incombait au banquier agissant en qualité de dispensateur du crédit et prestataire de services d'investissement. A ce jour, « *la question de conseil du banquier est largement absorbée par les solutions rendues sur le fondement du devoir de mise en garde*¹³¹⁸ ». Est-ce à dire que le banquier n'a pratiquement plus d'obligation de conseil ? Bien évidemment, la réponse est négative, d'autant plus que les textes spéciaux se sont enrichis de diverses obligations légales de conseil à la charge du banquier. Par conséquent la seule conclusion possible à ce stade d'évolution du droit positif est le glissement de cette obligation vers des textes spéciaux et un recul de l'obligation de conseil d'origine jurisprudentielle.

En ce qui concerne la délimitation du champ d'application du devoir de conseil, la troisième chambre civile de la Cour de cassation a jugé qu'une « *banque n'est pas tenue de conseiller à un accédant à la propriété un cadre juridique pour réaliser son projet de construction*¹³¹⁹ ».

708. Domaines compatibles avec l'obligation de conseil et le principe de non-ingérence. Même si les clients mécontents ont tendance à invoquer la notion d'obligation de conseil dès qu'il y a eu une rupture de confiance traduite dans leur déception par rapport aux attentes initiales, le concept doit être bien encadré et limité à des domaines qui, par leur spécificité, justifient une entorse au devoir de non-ingérence du banquier dans les affaires de ses clients. S'agissant donc du périmètre actuel, il faut souligner que l'obligation de conseil conserve une prédilection pour les services d'investissement (1). En revanche, il n'est pas encore complètement élucidé si le devoir de conseil du banquier s'étend à l'assurance de groupe qui assortit un crédit (2).

¹³¹⁸ R. ROUTIER, *op.cit.*, n° 353.10 et n° 352.20 : « Quoiqu'il en soit, une grande partie du contentieux fondé sur un manquement au "devoir d'information et de conseil" est désormais périmée, ou, à tout le moins, s'est déplacé ».

¹³¹⁹ Cass. 3^e civ., 14 janvier 2009, n° 07-20.416, *Bull.* 2009, III, n° 10.

1. Un domaine de prédilection

709. Prestation de services d'investissement – domaine de prédilection. La prestation des services d'investissement représente à ce jour le terrain d'élection de l'obligation de conseil à l'égard de sa clientèle particulière.

a) Les textes applicables

710. Directive MIF/MIFID et législation nationale. La transposition en droit français de la directive européenne n° 2004-39 du 21 avril 2004 concernant les marchés d'instruments financiers¹³²⁰ a imposé une véritable obligation de conseil à la charge du banquier qui fournit des services de conseil en investissement ou de gestion de portefeuille pour le compte de tiers.

711. Destinataires de l'obligation de conseil. Cette obligation profite aux « clients de détail », selon la terminologie du législateur européen, c'est-à-dire tous ceux qui ne sont pas des clients professionnels ou des contreparties éligibles. Aux termes des articles 4.1.11 et 4.1.12 de la directive repris par l'article L 533-16 du Code monétaire et financier, le client professionnel est celui « *qui possède l'expérience, les connaissances et la compétence nécessaires pour prendre ses propres décisions d'investissement et évaluer correctement les risques encourus* ». La catégorisation comme client de détail, client professionnel ou contrepartie éligible n'est pas irréversible. Suivant la règle d'inspiration anglo-saxonne d'« *opt out* », un système d'options ouvertes permet aux clients de changer de classification, sous réserve d'acceptation de la part du prestataire de services d'investissement.

712. Règles de conduite. La nouvelle réglementation européenne impose un certain nombre de « *règles de conduite* » essentiellement destinées à la sauvegarde de l'intérêt des clients de détail. Ainsi, après avoir prévu une obligation générale de diligence et de loyauté, c'est-à-dire « *d'agir d'une manière honnête, loyale et professionnelle, servant au mieux les intérêts des*

¹³²⁰ Directive 2004/39/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 avril 2004 concernant les marchés d'instruments financiers, dite Directive MIF ou MIFID (*Markets in Financial Instruments Directive*), transposée en droit français par l'ordonnance n°2007-544 du 12 avril 2007, le décret n° 2007-904 du 15 mai 2007 et un arrêté du 15 mai 2007, entrés en vigueur le 1er novembre 2007. Ces textes ont été codifiés dans la partie législative et la partie réglementaire du Code Monétaire et Financier, ainsi que dans le Règlement général de l'Autorité des Marchés Financiers; La directive MIF a opéré une réforme qui a renforcé le cadre réglementaire initialement posé par la Directive 93/22 du 10 mai 1993 sur les services d'investissement dite "directive DSI", laquelle avait été transposée en droit français par la loi 96-597 de modernisation des activités financières du 2 juillet 1996 ("Loi MAF") ; En Belgique la directive a été transposée en droit interne par les arrêtés royaux des 27 avril (visant à transposer la directive européenne concernant les marchés d'instruments financiers), 3 juin (portant les règles et modalités visant à transposer la directive concernant les marchés d'instruments financiers) et 19 juin 2007.

*clients*¹³²¹ », le législateur a imposé aux banquiers prestataires de services d'investissement¹³²² de s'enquérir « *auprès de leurs clients, notamment leurs clients potentiels, de leurs connaissances et de leur expérience en matière d'investissement, ainsi que de leur situation financière et de leurs objectifs d'investissement, de manière à pouvoir leur recommander les instruments financiers adaptés ou gérer leur portefeuille de manière adaptée à leur situation* »¹³²³. En Belgique, après l'entrée en vigueur de la directive MIFID, les mêmes règles de bonne conduite sont édictées par les articles 27, 28 et 28bis nouveaux de la loi du 2 août 2002, tels qu'ils ont été modifiés par les articles 22 à 24 de l'arrêté royal du 27 avril 2007¹³²⁴.

713. Règles à venir. Dans le contexte de la crise financière déclenchée en 2008 et en réponse aux engagements pris lors du sommet G-20 de Pittsburgh de 2009, la Commission a présenté en octobre 2011 une proposition de directive¹³²⁵ et de règlement de révision de la directive sur les marchés d'instruments financiers MIF afin d'améliorer le fonctionnement des marchés financiers. L'objectif de la Commission européenne est de créer les conditions d'une meilleure formation des prix, mais aussi de corriger les comportements des acteurs économiques. A cet effet, l'une des principales mesures préconisées consiste à généraliser la transparence des prix auxquels les ordres doivent pouvoir être exécutés (transparence de la pré-négociation). Concomitamment, l'initiative européenne vise le renforcement de la protection de l'investisseur, en posant de nouvelles règles de bonne conduite et en encadrant davantage la commercialisation des produits financiers.

Une fois exposés les textes européens et nationaux applicables, il convient de présenter d'une part la typologie des relations contractuelles qui peuvent exister entre le banquier prestataire de services d'investissement et ses clients (b) et d'autre part de délimiter le champ d'application de l'obligation de conseil (c).

- b) Les relations contractuelles entre un banquier prestataire de services d'investissement et son client

714. Définition des PSI. Comme nous l'avons déjà dit, les prestataires de services d'investissement sont définis par l'article L.531-1 du Code monétaire et financier comme

¹³²¹ Art. L 533-11 du Code monétaire et financier ; On note que cette disposition législative impose une obligation similaire à l'obligation d'exécution de bonne foi qui existe dans le droit civil des contrats.

¹³²² Art. L.531-1 à L.531 Code monétaire et financier : « Les prestataires de services d'investissement sont les entreprises d'investissement et les établissements de crédit ayant reçu un agrément pour fournir des services d'investissement au sens de l'art. L. 321-1 ».

¹³²³ Art. L.533-13, I, alinéa 1^{er} du Code monétaire et financier.

¹³²⁴ En Belgique, les règles de conduite et exigences organisationnelles sont précisées dans l'arrêté royal du 3 juin 2007, qui abroge en outre, notamment, avec effet au 1^{er} novembre 2007, l'arrêté royal du 5 août 1991 relatif à la gestion de fortune et au conseil en placements.

¹³²⁵ http://ec.europa.eu/internal_market/securities/isd/index_fr.htm.

étant "les entreprises d'investissement et les établissements de crédit ayant reçu un agrément pour fournir des services d'investissement au sens de l'article L. 321-1"¹³²⁶.

715. Typologie des relations contractuelles. En ce qui concerne les relations contractuelles établies entre un banquier et ses clients, il s'agit des « contrats d'intermédiation financière »¹³²⁷. Le banquier prestataire de services d'investissement est en effet un intermédiaire et le client est un investisseur. Ces contrats d'intermédiation financière peuvent être de gestion (lorsque le banquier promet de gérer individuellement ou collectivement un portefeuille), de marché (lorsque le banquier se charge de l'exécution ou de la transmission d'ordre du client) et de conservation (lorsque le banquier promet de conserver les instruments financiers)¹³²⁸. Même s'ils concernent notamment le droit financier, ces contrats n'échappent pas pour autant à la théorie générale des obligations. Ainsi, comme le montre M. Sébastien Bonfils, les contrats d'intermédiation relèvent des contrats consensuels¹³²⁹, *intuitu-personae*¹³³⁰, synallagmatiques, à titre onéreux¹³³¹, commutatifs comportant un aléa externe¹³³² et à exécution successive.¹³³³

¹³²⁶ Selon l'art. L. 321-1 du Code monétaire et financier: « Les services d'investissement portent sur les instruments financiers énumérés à l'art. L. 211-1 et comprennent les services et activités suivants :

1. La réception et la transmission d'ordres pour le compte de tiers ;
2. L'exécution d'ordres pour le compte de tiers ;
3. La négociation pour compte propre ;
4. La gestion de portefeuille pour le compte de tiers ;
5. Le conseil en investissement ;
- 6-1. La prise ferme ;
- 6-2. Le placement garanti ;
7. Le placement non garanti ;
8. L'exploitation d'un système multilatéral de négociation au sens de l'art. L. 424-1.

Un décret précise la définition de ces services.

Les services rendus à l'Etat et à la Banque de France, dans le cadre des politiques de gestion de la monnaie, des taux de change, de la dette publique et des réserves de l'Etat ne sont pas soumis aux dispositions du présent code applicables aux services d'investissement mentionnés au présent art.. ».

¹³²⁷ S. BONFILS, *Le droit des obligations dans l'intermédiation financière*, préface de M.-A. FRISSON-ROCHE, LGDJ, coll. Droit et économie, 2005, n° 5, p. 4.

¹³²⁸ *ibidem*.

¹³²⁹ Il n'y a pas d'unanimité en doctrine sur ce sujet ; pourtant il n'y a pas de sanction légale pour l'absence d'un contrat écrit ; on déduit qu'il s'agit d'une exigence légale *ad probationem* et qui est censée protéger le client investisseur, partie réputée faible. Pour plus de détail voir S. BONFILS, *Le droit des obligations dans l'intermédiation financière*, *op. cit.*, n° 46 et s.

¹³³⁰ *Idem*, n°13.

¹³³¹ *Idem*, n° 66.

¹³³² *Idem*, n° 69 : « Chaque contractant connaît, dès le moment où il contracte, l'étendue des prestations qu'il doit fournir. (...) mais l'existence d'un aléa sur les marchés financiers conduit à tempérer la proposition en disant qu'il s'agit des contrats commutatifs comportant un aléa externe ».

¹³³³ Sachant que les contrats peuvent être égaux ou de consommation, selon une classification récente, mais acceptée par une partie de la doctrine, nous pouvons nous interroger s'il s'agit des contrats égaux ou de contrats de consommation : F. TERRE, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *op.cit.*, n° 74 et s. ; P. MALAURIE, L. AYNES, P. STOFFEL-MUNCK, n° 422, p. 189 ; D'autres auteurs abordent la question à travers la distinction classique entre les contrats négociés et les contrats d'adhésion : B. STARCK, H. ROLAND, L. BOYER, *Droit civil, Les obligations, 2, Contrat, 6^e éd., Litec, 1998, n° 153 et s., p. 52 et s.* ; H., L. et J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Leçons de droit civil, t. 2, Obligations, théorie générale, 9^e éd. par F. CHABAS, Montchrestien, 1998, n° 88 -2, p. 79 et s.* ; Selon une doctrine majoritaire ces contrats d'intermédiation n'entrent pas dans le champ d'application du droit de la consommation : T. BONNEAU et F. DRUMMOND, *Droit des marchés*

716. Contrats de gestion. Lorsque l'on traite de l'obligation de conseil du banquier prestataire de services d'investissement, nous nous intéressons aux contrats de gestion. Selon que le client décide soit de gérer directement son patrimoine et ses placements financiers soit d'en confier la gestion à un prestataire de services d'investissement, nous pouvons distinguer la gestion directe, la gestion conseillée et la gestion déléguée.

717. Gestion "directe" ou "libre". Il s'agit de l'hypothèse où le client (l'investisseur) détient un portefeuille dont il assure lui-même la gestion de ses placements financiers. Dans ce cas, le banquier se contente de tenir le compte de son client. Du point de vue juridique, leur relation s'inscrit dans le cadre d'un contrat de tenue de compte titre qui, en vertu de l'article 322-2 du Règlement général de l'AMF, doit nécessairement être établi par écrit. En Belgique, la nécessité de conclure une convention écrite est prévue depuis l'entrée en vigueur de la réglementation MIF par l'article 27 §7, alinéa 2 de la loi du 2 août 2002¹³³⁴.

718. Gestion "assistée" ou "conseillée". Dans ce cas de figure, le client souhaite bénéficier des conseils d'un professionnel de la finance, tout en gérant lui-même ses placements financiers. Les conseils du banquier peuvent prendre la forme de lettres périodiques d'information, de consultations par serveur vocal, voire même d'entretiens réguliers avec un spécialiste. Leur relation contractuelle s'inscrit juridiquement dans le cadre d'une convention de tenue de compte conservation (contrat de tenue de compte titre), à laquelle est adjoint un contrat de conseil, qui n'emporte pas délégation de la gestion du portefeuille. Le banquier conseille ainsi son client sans pour autant se substituer à lui. La gestion conseillée constitue le terrain d'élection de l'obligation de conseil du banquier prestataire de services d'investissement, qui est un intermédiaire qui rapproche le client investisseur du marché des produits financiers.

719. Gestion "déléguée". Dans cette dernière hypothèse, il s'agit d'une véritable substitution du professionnel au client qui lui délègue la gestion de son portefeuille. La gestion déléguée peut prendre plusieurs formes : soit une gestion collective au travers d'OPCVM, soit une gestion individuelle de portefeuille au moyen d'un contrat de gestion pour le compte de

financiers, Economica, 2001, n° 470, p. 384 ; Cependant, il y a des auteurs qui n'excluent pas la possibilité de les faire intégrer dans la sphère du droit de la consommation arguant que rien n'empêche l'investisseur se fasse protéger par le droit de la consommation, il étant un consommateur des services d'investissement : S. BONFILS, *op. cit.*, n° 20 et s.

Etant donné que ces contrats sont inégalitaires par leur nature, opposant le plus souvent des clients profanes aux professionnels, il convient de remarquer que la protection instaurée par le droit européen est d'inspiration consumériste en ce qu'elle souhaite organiser la protection de l'investisseur avec les mêmes techniques juridiques (obligations d'information, formalisme, etc.) qui sont utilisées en faveur des consommateurs. Cependant, selon nous, il n'est pas opportun de les rattacher à la catégorie des contrats de consommation, car la sécurité juridique des investissements sur les marchés financiers s'oppose en principe au droit de rétractation qui existe en droit de la consommation. En tant que contrats d'adhésion, ils peuvent ouvrir en revanche la voie de la protection consumériste lorsque l'investisseur entre dans la catégorie du non-professionnel. Il pourra ainsi recourir à la protection contre les clauses abusives incluses dans les contrats d'intermédiation financière.

¹³³⁴ L'exigence d'une convention écrite existait également avant l'entrée en vigueur de la directive MIF/MIFID, étant prévue en Belgique par l'art. 8 §1 de l'arrêté royal relatif à la gestion de fortune et au conseil en placements du 5 août 1991, abrogé par l'arrêté royal du 3 juin 2007, précité.

tiers¹³³⁵. Ce type de contrat n'entrera pas dans le champ de notre étude et nous l'avons cité uniquement dans un souci de présentation exhaustive de la typologie des relations contractuelles qui peuvent exister entre le PSI et ses clients.

c) Champ d'application restreint

720. Périmètre restreint. En pratique, le banquier prestataire de services d'investissement est tenu à une obligation de conseil envers son client lorsqu'il a conclu une convention de "gestion assistée" ou "conseillée" c'est-à-dire quand il est lié à son client par un contrat de conseil.

721. Contours vacillants. Cependant, l'évolution jurisprudentielle récente nous laisse penser qu'il est possible d'envisager une application plus large du devoir de conseil en la matière. Nous avons observé que les juges n'hésitent pas à instaurer une présomption de vente conseillée en cas de sollicitation du client par le professionnel et en cas d'initiative prise par le banquier de fournir un conseil à son client, malgré l'absence d'un contrat de gestion. Dans un arrêt récent, la Cour de cassation a retenu la responsabilité d'un prestataire de services d'investissement qui avait spontanément fourni un "conseil", lequel s'était avéré "inadapté" à la situation de son client. Il est reproché au banquier d'avoir mal conseillé le client, malgré l'absence d'un contrat de gestion assistée¹³³⁶. Mais pour mieux délimiter le périmètre d'application de l'obligation de conseil, il convient de distinguer entre les arrêts rendus avant et après la transposition de la directive européenne MIF.

722. Avant la directive européenne MIF. Préalablement à l'entrée en vigueur de ladite directive, les juges ont fait régulièrement référence à des notions imprécises telles que l'"obligation d'information et de conseil", ce qui a conduit inévitablement à une certaine confusion terminologique entre les devoirs de "conseil", "mise en garde" ou "information" à la charge des banquiers prestataires de services d'investissement. La doctrine a contribué

¹³³⁵ Le mandat de gestion individualisée. Depuis la loi MAF du 2 juillet 1996, cette prestation est exclusivement du ressort des entreprises d'investissement agréées à cet effet et baptisées lorsqu'elles exercent cette activité à titre principal "Sociétés de gestion de portefeuille" (Code monétaire et financier, art. L. 532-9, anc. art. 15 de la loi MAF). L'initiative des ordres d'achat ou de vente des actifs qui composeront le portefeuille émane alors du gestionnaire et non du client qui s'interdit en principe de s'immiscer dans la gestion.

¹³³⁶ Cass. com. 8 avril 2008, 07-13.013, Bull. 2008, IV, n° 77: "*Attendu que pour rejeter cette demande, l'arrêt retient que si la caisse, informée des contraintes liées à la situation familiale et économique de son client et du fait qu'il ne pouvait se permettre de prendre un risque de perte en capital, n'avait donc pu valablement le conseiller en l'incitant à investir la majeure partie de son capital dans des valeurs soumises aux aléas du marché boursier, ce manquement est toutefois sans lien de causalité avec le préjudice invoqué dès lors que M. X., ayant pris connaissance avant de s'engager des notices d'information relatives aux parts de Sicav ayant fait l'objet de son investissement et dont il n'indique pas qu'elles auraient été insuffisantes ou impropres à le renseigner complètement sur les risques inhérents à ces placements, avait ainsi été en mesure d'apprécier en toute connaissance de cause la pertinence du conseil qui lui avait été donné ; Attendu qu'en statuant ainsi, alors qu'il résultait de ses propres constatations que la caisse avait, en fournissant à son client un conseil inadapté à sa situation personnelle dont elle avait connaissance, commis une faute sans laquelle ce dernier n'aurait pas procédé aux opérations génératrices de pertes, la cour d'appel a violé le texte susvisé*". On peut noter que cette formulation est également reprise dans un arrêt récent rendu dans le cadre de la souscription d'une assurance vie (Cass. com. 7 avril 2009).

parfois à entretenir ce genre de confusion en assimilant souvent l'obligation de mise en garde à celle de conseil¹³³⁷. Désormais, il n'y a plus de doute, il convient de distinguer les trois obligations qui ont, comme nous l'avons déjà montré, des champs d'application distincts. La jurisprudence française antérieure à la réglementation MIF a comme caractéristique d'avoir opéré une distinction, d'une part, entre les investissements à caractère spéculatif et non-spéculatifs et, d'autre part, entre les clients avertis et non-avertis. Ainsi, la Cour de cassation française a constamment jugé qu'en présence d'un investissement spéculatif, le banquier est tenu à une obligation de mise en garde à l'égard de son client profane, « *quelle que soit la nature des relations contractuelles qu'il entretient avec son client*¹³³⁸ ». Dans un effort de systématisation en la matière, elle a jugé opportun de limiter au maximum le champ d'application de l'obligation de conseil en faveur de l'obligation de mise en garde qui s'accommode plus facilement avec le principe de non-immixtion. En revanche, si l'investissement est non-spéculatif, le banquier a seulement une obligation d'information envers son client¹³³⁹.

723. Après la directive européenne MIF. Après l'entrée en vigueur de la directive MIF, il y a eu peu de décisions judiciaires rendues en considération de la nouvelle réglementation et il est trop tôt pour détecter un revirement jurisprudentiel. Cependant, il convient de souligner qu'en présence d'un mandat de gestion ou d'une sollicitation du client par le professionnel, la jurisprudence et le législateur ont clairement attaché au banquier une obligation de conseil¹³⁴⁰.

¹³³⁷ R. HATTAB, *thèse, op. cit.*, F. BOUCARD, *Les obligations d'information et de conseil du banquier*, thèse, *op. cit.*

¹³³⁸ Cass. com., 28 octobre 1974, *Bull.* 1974, IV, n° 264, pourvoi n° 72-14.397 ; Cass. com., 5 novembre 1991, *Bull.* 1991, n° 327, pourvoi n° 89-18.005 ; Cass. com., 27 janvier 1998, *Bull.* 1998, IV, n° 41, pourvoi n° 93-18.672 ; Cass. com., 14 décembre 2004, *Bull.* 2004, IV, n° 222, pourvoi n° 03-10.099 ; Cass. com., 13 juillet 2010, pourvoi n° 09-69.638 ; Voir aussi Cour de cassation, *Rapport annuel* 2010.

¹³³⁹ Arrêt Buon, Cass. com. 5 novembre 1991, n° 89-18005, *Bull. civ.* IV, n° 327 ; Cass. com. 19 septembre 2006, 5 arrêts, *Bull.* 2006, IV, n° 185, pourvoi n° 05-14.343 ; *Bull.* 2006, IV, n° 186, pourvoi n° 05-14.344 ; *Bull.* 2006, IV, n° 187, pourvoi n° 05-15.304 ; pourvoi n° 04-19.522 ; pourvoi n° 05-15.305 ; Cass. com., 30 octobre 2007, pourvoi n° 06-14.266 ; Cass. com., 8 avril 2008, pourvoi n° 07-14.331 ; Cass. com., 23 juin 2009, pourvoi n° 08-15.567.

¹³⁴⁰ J.-L. GUILLOT, M. BOCCARA, "Obligation d'information et produits financiers", *Banque*, n° 685, novembre 2006 ; voir aussi Cass. com., 8 avril 2008, 07-13.013, *Bull.* 2008, IV, n° 77 : selon l'arrêt attaqué le client a souscrit, par l'intermédiaire de la banque et sur les conseils de celle-ci, des parts de Sicav qu'il a ultérieurement revendues à perte ; « en fournissant à son client un conseil inadapté à sa situation personnelle, dont elle a connaissance, une banque commet une faute qui engage sa responsabilité, sans qu'il importe que le client ait reçu, avant de s'engager, les notices d'informations relatives aux opérations génératrices de pertes » ; Cass. com., 5 mai 2009, n° de pourvoi: 08-14983 inédit: « Attendu qu'en se déterminant ainsi, par des motifs desquels il ne résulte ni que la banque avait procédé, lors de la conclusion du mandat de gestion, à l'évaluation de la situation financière de M. et Mme X..., de leur expérience en matière d'investissement et de leurs objectifs concernant les services demandés, ni qu'elle leur avait fourni une information adaptée en fonction de cette évaluation, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision » ; Cass. com., 12 février 2008, 06-20835, *Bull.* 2008, IV, n° 31 : « Le prestataire de services d'investissement, quelles que soient ses relations contractuelles avec son client, est tenu de s'enquérir de la situation financière de celui-ci. Dès lors, encourt la cassation, pour violation de l'art. 1147 du code civil, ensemble de l'art. L. 533-4 du code monétaire et financier, dans sa rédaction alors applicable, un arrêt d'une cour d'appel qui, pour rejeter une demande d'un client d'une société prestataire de services d'investissements en indemnisation du préjudice résultant de la commission par cette dernière de diverses fautes lors de la conclusion et de l'exécution d'une convention ayant pour objet

Ainsi, dans un cas où le client avait souscrit, par l'intermédiaire d'une banque et sur les conseils de celle-ci, des parts de Sicav qu'il a ultérieurement revendues à perte, la chambre commerciale a jugé qu'une banque en « *fournissant à son client un conseil inadapté à sa situation personnelle, dont elle a connaissance, [...] commet une faute qui engage sa responsabilité, sans qu'il importe que le client ait reçu, avant de s'engager, les notices d'informations relatives aux opérations génératrices de pertes* »¹³⁴¹. De surcroît, des arrêts de la Chambre commerciale montrent une évolution plus sévère à du banquier PSI, en lui imposant une obligation de conseil, sur le fondement mixte des article 1147 du Code civil et les articles L 533-13 du Code monétaire et financier et 314-44 du Règlement général de l'AMF¹³⁴².

724. Sollicitation personnalisée du client par le banquier. L'obligation de conseil du prestataire de services ainsi délimitée, à la lumière de la nouvelle législation, doit s'appliquer aux ventes qui interviennent suite à la sollicitation personnalisée du client par le banquier. En pratique, il est difficile pour le client de faire la preuve de la sollicitation du banquier, mais elle peut se déduire des éléments propres à chaque espèce.

725. Présomption de vente conseillée. Un arrêt récent de la Chambre commerciale laisse comprendre qu'en l'absence d'un mandat de gestion, les souscriptions de produits financiers qui découlent d'un passage du client en agence et d'un entretien avec son conseiller vendeur sont présumées avoir été effectuées dans le cadre d'une vente conseillée. Ainsi, la Cour de cassation a décidé que « *le prestataire de services d'investissement, quelles que soient ses relations contractuelles avec son client, est tenu de s'enquérir de la situation financière de celui-ci. Dès lors, encourt la cassation, pour violation de l'article 1147 du code civil, ensemble de l'article L. 533-4 du code monétaire et financier, dans sa rédaction alors applicable, un arrêt d'une cour d'appel qui, pour rejeter une demande d'un client d'une société prestataire de services d'investissements en indemnisation du préjudice résultant de la commission par cette dernière de diverses fautes lors de la conclusion et de l'exécution d'une convention ayant pour objet l'ouverture d'un compte de dépôt et la transmission d'ordres de bourses au sein de ce compte, retient qu'en l'absence de mandat de gestion, cette société n'avait pas l'obligation de vérifier son patrimoine* »¹³⁴³.

726. Exemples d'opérations couvertes / exclues. L'obligation de conseil du banquier prestataire de services s'applique donc lors de la souscription des produits d'épargne (au sens large – c'est-à-dire aux produits d'épargne classiques, aux assurances-vie, OPCVM, etc.) dans

l'ouverture d'un compte de dépôt et la transmission d'ordres de bourses au sein de ce compte, retient qu'en l'absence de mandat de gestion, cette société n'avait pas l'obligation de vérifier son patrimoine. ».

¹³⁴¹ Cass. com., 8 avril 2008, pourvoi n°07-13.013, *Bull.* 2008, IV, n° 77.

¹³⁴² Cass. com., 13 déc. 2011, n°07-13.013 ; Cass. com., 10 janv. 2012, n°10-288000, *LPA* 16 avril 2012, p. 15, note M. COMBET : « qu'en se déterminant par de tels motifs improbables à établir que la banque avait procédé, lors de la conclusion du PEA, à l'évaluation de la situation financière de l'investisseur, de son expérience en matière d'investissement et des objectifs concernant les services demandés et qu'elle avait fourni à sa cliente une information adaptée en fonction de cette évaluation, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision. » ; Voir également J. GHESTIN, G. LOISEAU et Y.-M. SERINET, *La formation du contrat*, t. 1 *Le contrat – Le consentement*, *op. cit.*, n° 1641.

¹³⁴³ Cass. com., 12 février 2008, pourvoi n° 06-20835, *Bull.* 2008, IV, n° 31.

le cadre d'une vente conseillée ou d'un mandat de gestion. En revanche, elle ne concerne pas les ordres précis d'achat ou de souscription passés par un client, de sa propre initiative et sans demande de conseil de sa part.

2. Un domaine controversé

727. Assurance de groupes en matière de crédit. Un autre secteur qui pourrait se prêter à la reconnaissance d'une obligation de conseil est celui des assurances de groupe¹³⁴⁴ en matière de crédit qui, en raison de ses spécificités et des problématiques juridiques et économiques qu'il pose, a attiré l'attention des juges et du législateur. Ainsi, il est notoire que « *l'emprunteur/assuré, qui adhère au contrat d'assurance, n'a pas la faculté de négocier le contrat, lequel a été préétabli par l'établissement de crédit et l'assureur, parfois des sociétés appartenant au même groupe que l'établissement de crédit. Et ce alors que le contrat a été contracté non pour un emprunteur précis, mais pour une collectivité d'emprunteurs, si bien que le contrat d'assurance ne prend pas en considération les besoins individualisés de chaque emprunteur.* »¹³⁴⁵.

728. Evolution. En matière de responsabilité du banquier souscripteur d'une assurance de groupe envers l'emprunteur auquel il propose d'adhérer à ce contrat, la question de l'obligation de conseil a connu une évolution jurisprudentielle qui n'est probablement pas achevée à ce jour et que l'on pourrait décomposer en trois grandes phases¹³⁴⁶.

729. Première phase. Dans un premier temps, les juges ont refusé de reconnaître un devoir de conseil à la charge du banquier souscripteur. C'est le cas notamment de l'arrêt du 10 novembre 2005 de la deuxième chambre civile qui a considéré qu'en matière d'assurance de groupe, le banquier souscripteur n'était pas tenu de conseiller à ses clients de contracter une

¹³⁴⁴ Selon la définition donnée par L. 141-1 du code des assurances « Est un contrat d'assurance de groupe le contrat souscrit par une personne morale ou un chef d'entreprise en vue de l'adhésion d'un ensemble de personnes répondant à des conditions définies au contrat, pour la couverture des risques dépendant de la durée de la vie humaine, des risques portant atteinte à l'intégrité physique de la personne ou liés à la maternité, des risques d'incapacité de travail ou d'invalidité ou du risque de chômage. Les adhérents doivent avoir un lien de même nature avec le souscripteur » ; voir aussi *J.-Cl. ; Resp. civ. et assur.* 2005, Fasc. 518 ; *Juris-Classeur Banque Crédit Bourse*, Fasc. 820 ; F. BOUCARD, « L'analyse juridique de l'assurance de groupe en matière de crédit », *RGDA* 2002, n° 3, p. 644 et s.

¹³⁴⁵ Cour de cassation, « Etude sur la vulnérabilité » in *Rapport annuel* 2009, pp. 165-178 « L'obligation de l'établissement de crédit prêteur d'éclairer son client auquel il propose d'adhérer à une assurance de groupe pour couvrir les risques de décès, invalidité, chômage » Sur les assurances de groupe voir : P.-G. MARLY, *Droit des assurances*, Dalloz, coll. « Cours », 2013, n° 419 à 439 ; B. BEGNIER, *Droit des assurances*, Montchrestien, coll. « Domat-Droit privé », 2011 ; J. BONNARD, *Droit des assurances*, Litec, coll. « Objectif Droit-Cours », 2012 ; J. BIGOT (dir.), *Traité de droit des assurances, t. 4, Les assurances de personnes*, LGDJ, 2007 ; H. GROUDEL, *Droit des assurances*, Dalloz, coll. « Mémentos », 2011. Y. LAMBERT-FAIVRE et L. LEVENEUR, *Droit des assurances*, Dalloz, coll. « Précis », 2011 ; L. MAYAUX, *Les grandes questions du droit des assurances*, LGDJ, 2011 ; P.-G. MARLY et V. RUOL, *Droit des entreprises d'assurances*, RB éd., coll. « Droit Fiscalité », 2011 ; J. KULIMANN (dir.) *Lamy Assurances*, art. L 141-1, al.1 du Code des assurances.

¹³⁴⁶ P.-G. MARLY, « L'impulsion consumériste du droit européen de l'intermédiation en assurance », *RTDF*, 2012, n° 3, pp. 87-88.

assurance complémentaire et que la remise de la notice était suffisante pour informer avec précision les emprunteurs des risques couverts¹³⁴⁷. Il a souvent été jugé que l'obligation d'information était satisfaite par la simple remise d'une notice prévue par le code des assurances si le document contient une information claire et précise sur les risques garantis et les modalités de mise en jeu de la garantie¹³⁴⁸.

730. Deuxième phase. Dans un deuxième temps, les juges ont imposé une obligation générale dite « d'information et de conseil » à la charge du banquier lors de l'octroi d'un crédit en présence d'un contrat d'assurance¹³⁴⁹. A ce titre, citons l'arrêt de la deuxième chambre civile du 3 mai 2006 qui reproche à la cour d'appel de ne pas avoir recherché "*si la proposition faite à un emprunteur de 62 ans de souscrire une assurance « décès incapacité invalidité » devant cesser à son soixante-cinquième anniversaire n'était pas constitutive d'une faute*".¹³⁵⁰ Cet arrêt est fort intéressant à double titre, d'abord parce qu'il distingue nettement l'obligation d'information (réalisée par la remise d'une notice claire et précise) de l'obligation de conseil (qui oblige le banquier à tenir compte de la situation particulière de l'emprunteur adhérent) et, ensuite, parce qu'il affirme que l'obligation « d'information et de conseil » existe, à la différence du devoir de mise en garde, même en présence d'un emprunteur averti (en l'espèce, le client était un professionnel de l'immobilier). Il est utile de souligner qu'en matière d'obligation « d'information et de conseil » du banquier souscripteur d'une assurance de groupe la Cour de cassation n'a jamais introduit une distinction entre les emprunteurs avertis et profanes. Cette solution s'explique par le fait qu'un client averti en matière d'opérations de crédit n'a pas forcément une expertise en matière d'assurance, qui procède d'une technique et d'une logique spécifique¹³⁵¹. Dans une autre affaire, la Cour de cassation est allée plus loin dans la systématisation d'un véritable devoir de conseil en la matière. A cet effet, elle a obligé le banquier à tenir compte de la situation particulière de l'emprunteur adhérent, dont il a connaissance, pour appeler son attention sur le caractère inadéquat des garanties souscrites¹³⁵². Cependant, la haute juridiction a refusé expressément

¹³⁴⁷ Cass. 2^{ème} civ., 10 novembre 2005, pourvoi n° 04-16.092, *RGDA* 2006, 150, note J. KULLMANN.

¹³⁴⁸ L'art. R. 140-5 du Code des assurances puis par l'art. L. 140-4 devenu L. 131-4 du même code ; Cass. 1^{re} civ., 17 juillet 2001, *Bull.*, n° 229.

¹³⁴⁹ L'obligation d'information et de conseil en matière d'assurance de groupe a été affirmé pour la première fois par un arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation du 10 juin 1986 ; J.-F. RIFFARD, « Eclairages sur les obligations du banquier en matière d'assurance couvrant la défaillance d'emprunteur », *Revue de Droit bancaire et financier*, novembre 2007, n° 6, dossier 30, § 9

¹³⁵⁰ Cass. 2^{ème} civ., 3 mai 2006, pourvoi n° 05-12.639.

¹³⁵¹ En ce sens, voir Avis de M. MAIN, Avocat général, Cass. Ass. plén., 2 mars 2007, pourvoi n° 06-15.267, *BICC*, 15 mai 2007; dans le même sens voir aussi M. BETCH, Conseiller rapporteur Cour de cassation, Rapport commun aux deux pourvois, Cass. Ch. mixte, 29 juin 2007, pourvoi n° 05-21.104 et pourvoi n° 06-11.673, *BICC*, 15 octobre 2007 *BICC*, 15 octobre 2007

¹³⁵² Cass. 2^{ème} civ., 24 mai 2006, pourvoi n° 04-14.024 : « Mais attendu que l'arrêt retient que les documents contractuels n'évoquent pas la remise d'une notice, document spécifique et distinct des conditions générales et particulières regroupant synthétiquement et de façon claire et précise les risques garantis ainsi que les modalités de la mise en jeu de l'assurance ; que la CRCA a manqué à son obligation d'information en n'établissant pas avoir remis les notices afférentes aux deux assurances souscrites ; qu'elle n'établit pas avoir rempli en l'espèce son devoir de conseil compte tenu de la situation particulière de M. X..., tenant à son âge au moment des deux souscriptions et de la contrainte résultant de ce qu'il exerçait une profession libérale, ne lui garantissant aucune rémunération en cas d'arrêt de travail

d'imposer aux établissements de crédit une obligation de conseiller la souscription d'une assurance complémentaire, dès lors que l'emprunteur adhérent a reçu une notice d'information claire et précise¹³⁵³.

731. Troisième phase. Enfin, consciente de l'ambiguïté créée par l'affirmation d'une obligation intitulée « d'information et de conseil », mais qui en réalité refuse d'imposer au banquier souscripteur un quelconque conseil positif, l'assemblée plénière de la Cour de cassation a abandonné la référence à l'obligation générale « d'information et de conseil ». Elle a choisi de consacrer une nouvelle obligation selon laquelle le banquier est tenu d'éclairer son client adhérent sur *"l'adéquation des risques couverts à sa situation personnelle d'emprunteur, la remise d'une notice ne suffisant pas à satisfaire à cette obligation"*¹³⁵⁴.

732. Qualification délicate qui divise la doctrine. S'agit-il d'une obligation de mise en garde, de conseil ou d'une obligation distincte et autonome? Cette question a reçu plusieurs réponses.

Selon une partie de la doctrine il s'agit d'une obligation d'une plus faible intensité que le conseil : *«Éclairer, c'est rendre compréhensible. Conseiller, c'est donner un avis pour modifier la conduite de quelqu'un. Alors que le devoir de conseil impose au banquier une action positive, à savoir aider l'adhérent à tirer les conséquences d'une inadéquation de la police à ses besoins en lui préconisant une orientation voire un comportement, l'obligation d'éclairer exige du banquier qu'il attire simplement l'attention de son client sur la non-adéquation de l'assurance. Charge alors au client de prendre ou non les mesures qui lui semblent s'imposer»*¹³⁵⁵.

Une autre partie y voit, en revanche, tantôt « une voie médiane entre le conseil et la mise en garde »¹³⁵⁶, tantôt « une obligation de conseil »¹³⁵⁷, tantôt « une mise en garde »¹³⁵⁸ qui aurait pour but « d'attirer l'attention du contractant et de l'avertir sur un risque, un aspect négatif du contrat »¹³⁵⁹.

temporaire, et ne lui permettant de prétendre au bénéfice d'une retraite qu'à l'âge de 65 ans, ce dont elle avait eu connaissance par l'inscription de cette profession sur la première demande d'adhésion ».

¹³⁵³ Cass. 1^{ère} civ., 1^{er} décembre 1998, *Bull.* 1998, I, n° 334, pourvoi n° 96-16.608 ; Cass. 1^{ère} civ., 30 janvier 2002, *Bull.* 2002, I, n° 37, pourvoi n° 00-22.709 ; Cass. 3^e civ., 24 avril 2003, *Bull.* 2003, III, n° 83, pourvoi n° 01-12.658.

¹³⁵⁴ Ass. plén., 2 mars 2007, pourvoi n° 06-15.267 ; J.-F. RIFFARD, « Eclairages sur les obligations du banquier en matière d'assurance couvrant la défaillance de l'emprunteur », *Revue de Droit bancaire et financier*, n° 6, novembre 2007, dossier 30.

¹³⁵⁵ J.-F. RIFFARD, « Éclairages sur les obligations du banquier en matière d'assurance couvrant la défaillance de l'emprunteur », *Revue de droit bancaire et financier*, n°6, novembre 2007, dossier 30.

¹³⁵⁶ D. LEGEAIS, note sous Ass. plén., 2 mars 2007, précité, *JCP E* 2007, p. 1375.

¹³⁵⁷ J. GHESTIN, G. LOISEAU et Y.-M. SERINET, *La formation du contrat*, t. 1 *Le contrat – Le consentement*, op. cit., n° 1652 ; M. BRUSCHI, « L'obligation de conseil des intermédiaires d'assurance et la garantie invalidité des professionnels de santé », *Lamy Assurances*, juin 2008, actualités, n° 151 ; S. PIEDELIEVRE, note sous Ass. plén., 2 mars 2007, *JCP G* 2007, IV, 1716, II, 10098.

¹³⁵⁸ D. 2007 p. 863 obs. V AVENA- ROBARDET et p. 985, note S. PIEDELIEVRE.

¹³⁵⁹ J. DJOUDI ET F. BOUCARD, « La protection de l'emprunteur profane », *D.* 2008, chron. p. 503.

Par conséquent, la terminologie choisie par la Cour de cassation divise la doctrine. Cela étant, il est clair que cette « *obligation s'apparente à l'obligation de mise en garde et au devoir de conseil* »¹³⁶⁰. La Cour de cassation a fait ce choix, car il est difficile d'imposer une obligation de conseil stricto sensu en la matière car, d'une part, elle se concilierait difficilement avec le devoir de non-immixtion et, d'autre part, parce que la nature de l'assurance groupe ne permet pas une véritable personnalisation de l'information. En revanche, les juges ont conféré à cette nouvelle obligation une application généralisée, n'opérant pas de distinction entre adhérent profane et adhérent averti¹³⁶¹ et ont reconnu sa nature contractuelle.

733. Notre point de vue. Il faut rappeler que cette terminologie rappelle un arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation du 12 juillet 2005¹³⁶² qui, avant d'adopter clairement le concept de « mise en garde » en matière de crédit, avait considéré que le dispensateur de crédit était tenu d'« *éclairer sa cliente sur les avantages et inconvénients du choix entre le recours au crédit et l'utilisation de l'épargne existante pour couvrir le solde débiteur d'un compte de dépôt* »¹³⁶³. Or, nous remarquons qu'à l'instar de l'obligation de mise en garde, la création prétorienne a précédé une fois de plus le législateur qui a introduit ultérieurement une obligation de conseil à la charge des intermédiaires d'assurances dans le Code des assurances. Ainsi, l'article L. 520-1-II-2 du même code prévoit que : « *Avant la conclusion de tout contrat, l'intermédiaire doit : (...) Préciser les exigences et les besoins du souscripteur éventuel ainsi que les raisons qui motivent le conseil fourni quant à un produit d'assurance déterminé. Ces précisions, qui reposent en particulier sur les éléments d'information communiqués par le souscripteur éventuel, sont adaptées à la complexité du contrat d'assurance proposé* ». En ce qui nous concerne, nous considérons qu'il s'agit d'une obligation de conseil, conclusion qui s'impose si l'on adopte une interprétation téléologique et qui, de surcroît, est confortée par l'évolution législative récente en la matière. Ce qui est néanmoins certain est que la Cour de cassation a accordé une protection particulière, allant au-delà des dispositions législatives de l'époque, aux emprunteurs qui adhèrent à un contrat d'assurance de groupe proposé par une banque. Même si on déplore le choix terminologique de la Cour de cassation, il faut reconnaître son grand mérite d'avoir trouvé un instrument de protection des emprunteurs adhérents en se fondant sur le droit commun des contrats. Cette évolution du droit positif est de nature à encourager la Haute juridiction à continuer la

¹³⁶⁰Cour de cassation, *Rapport annuel*, 2009, « L'obligation de l'établissement de crédit prêteur d'éclairer son client auquel il propose d'adhérer à une assurance de groupe pour couvrir les risques de décès, invalidité, chômage » in *L'étude sur la vulnérabilité*, p. 171. ; A noter que les associations de consommateurs invitées à donner leur avis se sont montrées favorables à la mise en œuvre d'un devoir de conseil, tandis que la Fédération bancaire française a considéré que la remise d'une notice claire et précise permettait d'assurer la mise en garde nécessaire.

¹³⁶¹Cass. 2^e civ., 2 avril 2009, pourvoi n° 07-15.139, *RGDA* 2009, n° 3, p. 832 et s ; Cass. 2^e civ., 3 septembre 2009, pourvoi n° 08-13.952. ; Cass. 2^e civ., 2 octobre 2008, pourvoi n° 07-15.276, « Le banquier qui propose à son client auquel il consent un prêt, d'adhérer au contrat d'assurance de groupe qu'il a souscrit à l'effet de garantir, en cas de survenance de divers risques, l'exécution de tout ou partie de ses engagements, est tenu de l'éclairer sur l'adéquation des risques couverts à sa situation personnelle d'emprunteur, la remise de la notice ne suffisant pas à satisfaire à cette obligation ».

¹³⁶²Cass. 1^{ère} civ., 12 juillet 2005, *Bull.* 2005, I, n° 326, pourvoi n° 03-10.115.

¹³⁶³A. GOURIO, « Renforcement de l'obligation d'information du banquier prêteur auprès de son client adhérent au contrat d'assurance de groupe », *JCP G*, 2007, II, 10098.

systematisation déjà commencée en matière des obligations d'information, de mise en garde et de conseil et, à terme, par la voie d'un revirement jurisprudentiel, le devoir d'éclairer sera probablement remplacé par l'obligation de conseil *stricto sensu*. En pratique, la terminologie ne change en rien à la difficile tâche qui revient au banquier et les risques qu'il encourt en cas de méconnaissance de ces nouvelles exigences prétorienne et législatives.

734. Délimitation du sujet. Même si nous considérons que cette nouvelle obligation créée par la Cour de cassation est une véritable obligation de conseil, nous limiterons notre étude au domaine des prestations de services d'investissement.

C. Typologie

735. Origine prétorienne et légale. La protection des clients investisseurs est à la fois le fait de la jurisprudence et du législateur.

1. L'obligation de conseil dégagée par la jurisprudence

736. Obligation prétorienne de droit commun. L'obligation de conseil élaborée par les juges sur le fondement de l'article 1147 du code civil est de nature contractuelle. Cependant, on peut observer que les arrêts les plus récents ont tendance à associer à ce texte général les dispositions spéciales régissant les obligations professionnelles des intermédiaires¹³⁶⁴.

¹³⁶⁴ Cass. com., 16 juin 2009, 08-11.618, Bull. 2009, IV, n° 78 : « Ayant relevé que le montage consistant en la souscription d'un prêt in fine pour financer une acquisition immobilière, adossé à un contrat d'assurance-vie destiné à couvrir tout ou partie de l'amortissement du capital grâce au rendement procuré par le placement de la somme empruntée, est une opération classique, et retenu qu'elle implique une prise de risque, décrite dans la proposition d'assurance qui définit quatre profils de gestion et précise pour chacun d'eux sa structure et son niveau d'exposition au risque des fluctuations boursières, et indique, au chapitre des valeurs de rachat, que la valorisation de l'épargne souscrite dans tout profil de gestion sera liée à la valeur liquidative du profil, justifie légalement sa décision de rejeter l'action en responsabilité exercée par un client contre son banquier pour manquement au devoir de conseil, une cour d'appel qui retient que le devoir du banquier, qui est de porter à la connaissance de son client les données lui permettant de prendre la mesure du risque auquel son choix expose son placement, a été rempli en l'espèce par la remise des documents contractuels, et que le client, exactement et complètement informé des risques inhérents au placement proposé qui constituaient la contrepartie des gains espérés par lui, a choisi le profil de gestion procurant le plus fort potentiel de valorisation et comportant le plus fort risque de perte » ; Cass. 3^e civ., 14 janvier 2009, n° 07-20.416, Bull. 2009, III, n° 10 : « Une banque n'est pas tenue de conseiller à un accédant à la propriété un cadre juridique pour réaliser son projet de construction » ; Cass. com., 8 avril 2008, 07-13.013, Bull. 2008, IV, N° 77 : « En fournissant à son client un conseil inadapté à sa situation personnelle, dont elle a connaissance, une banque commet une faute qui engage sa responsabilité, sans qu'il importe que le client ait reçu, avant de s'engager, les notices d'informations relatives aux opérations génératrices de pertes » ; Cass. com., 5 mai 2009, n° 08-14983 « Attendu qu'en se déterminant ainsi, par des motifs desquels il ne résulte ni que la banque avait procédé, lors de la conclusion du mandat de gestion, à l'évaluation de la situation financière de M. et Mme X..., de leur expérience en matière d'investissement et de leurs objectifs concernant les services demandés, ni qu'elle leur avait fourni une information adaptée en fonction de cette évaluation, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision » ; Cass. com., 12 février 2008, n° 06-20835, Bull. 2008, IV, n° 31 « Le prestataire

737. Obligation de moyens. En principe, le banquier prestataire de services d'investissement n'est tenu qu'à une obligation de moyens, du fait du caractère aléatoire de l'évolution des marchés financiers. En Belgique, il est enseigné de la même manière que le banquier prestataire de services d'investissement n'assume, sauf stipulation contraire, qu'une obligation de moyens¹³⁶⁵.

738. Moins-value et aléa boursier. De surcroît, il est de jurisprudence constante, tant en France qu'en Belgique que la responsabilité des banquiers conseillers ou gérants des instruments financiers ne peut pas être engagée sur le fondement du seul constat de la sous-performance des produits commercialisés car l'évolution des marchés est aléatoire et la moins-value du portefeuille du client ne suffit pas pour caractériser une faute de gestion.

A titre d'exemple, en Belgique, le Tribunal de commerce de Bruxelles a jugé en 2006 que si le mécontentement du client par rapport aux pertes subies « *après l'euphorie boursière des années 90 est compréhensible, ce n'est pas une raison suffisante pour s'en prendre à son banquier* »¹³⁶⁶. Ainsi la jurisprudence belge rappelle constamment qu'il ne suffit pas de prouver l'existence d'une perte subie. Le client doit « *démontrer pièces à l'appui, que l'intermédiaire n'a pas mis en œuvre les moyens permettant d'atteindre le résultat escompté* »¹³⁶⁷ dès lors que les instruments financiers sont soumis aux aléas des marchés financiers¹³⁶⁸. La Cour d'appel de Mons a jugé à son tour que « *les résultats négatifs d'une gestion, surtout en période perturbée comme le fut celle des années 2000 et 2001, ne sont pas en soi démonstratifs d'une faute commise par le gestionnaire.* »¹³⁶⁹

La même position a été adoptée par la jurisprudence française qui n'est pas favorable aux actions fondées seulement sur la baisse des cours boursiers détenus par les clients déçus. Il

de services d'investissement, quelles que soient ses relations contractuelles avec son client, est tenu de s'enquérir de la situation financière de celui-ci. Dès lors, encourt la cassation, pour violation de l'art. 1147 du code civil, ensemble de l'art. L. 533-4 du code monétaire et financier, dans sa rédaction alors applicable, un arrêt d'une cour d'appel qui, pour rejeter une demande d'un client d'une société prestataire de services d'investissements en indemnisation du préjudice résultant de la commission par cette dernière de diverses fautes lors de la conclusion et de l'exécution d'une convention ayant pour objet l'ouverture d'un compte de dépôt et la transmission d'ordres de bourses au sein de ce compte, retient qu'en l'absence de mandat de gestion, cette société n'avait pas l'obligation de vérifier son patrimoine ».

¹³⁶⁵ En Belgique : J.-P. BUYLE, P. PROESMAN, « La jurisprudence d'après crise 2007 » in *Le droit bancaire et financier en mouvement, op. cit.*, p. 51 et s. qui cite un jugement rendu par le Tribunal de première instance de Bruxelles, Civ. Bruxelles, 14^e ch., 20 mars 2012 : inédit, 2009/9419/A : « n'assume qu'une obligation de moyen. D'autre part, ses prestations font appel à des connaissances et à une appréciation nécessitant une certaine marge de manœuvre. D'autre part, la gestion et le conseil en instruments financiers est tributaire de facteurs extérieurs indépendant de la diligence apportées à sa tâche par le conseiller ou le gérant dans l'exécution de son mandat » ; Voir également B. FERON, « La gestion de fortune en droit belge » in *Aspects juridiques de la gestion de fortune*, Bruylant, Bruxelles, 1999, p. 103 ; X. DIEUX, « Questions relatives à l'intermédiation financière en droit positif » in *Legal Tracks I – Essays on contemporary corporate and finance law*, Bruylant, Bruxelles, 2003, p. 589.

¹³⁶⁶ En droit belge: Civ. Bruxelles, 11^e ch., 5 mai 2006, inédit, R.G. 5435/04 cité par J.-P. BUYLE, P. PROESMAN, « La jurisprudence d'après crise 2007 », *op. cit.*, p.52.

¹³⁶⁷ J.-P. BUYLE, P. PROESMAN, *idem*, p.53.

¹³⁶⁸ En ce sens, citons la jurisprudence de la Cour d'appel de Bruxelles, 9^e ch., 26 septembre 2008, R. D. C. 2010, p. 169 ; Bruxelles, 9^e ch., 2 juin 2009, J. L. M. B. 2010, liv. 20, p. 927.

¹³⁶⁹ Mons, 24 octobre 2012, inédit, RG/2011/401.

faut que le client prouve que son banquier n'a pas fourni un conseil adapté, en ignorant la compétence de son client, et qu'il n'a pas agi en bon professionnel au mieux des intérêts de son client¹³⁷⁰.

- a) Le banquier prestataire de services d'investissement doit fournir un conseil adapté

739. Devoir de se renseigner préalablement à la fourniture d'un conseil. Au visa de l'article 1147 du Code civil, mais aussi en application des principes énoncés par le Code monétaire et financier¹³⁷¹, la jurisprudence a considéré de manière générale que le banquier prestataire de services d'investissement est tout d'abord tenu de se renseigner sur la situation financière de ses clients, de leur expérience en matière d'investissement et de leurs objectifs¹³⁷² afin de les orienter d'une manière adaptée, en respectant la primauté des intérêts des clients. La Cour de cassation a d'ailleurs récemment rappelé que le banquier doit délivrer à son client un conseil adapté en prenant en considération la situation économique et personnelle de celui-ci¹³⁷³. La même solution est appliquée ultérieurement par les juges du fond, comme on peut le voir dans un arrêt de la Cour d'appel de Paris de 2010 : *"le banquier, prestataire de service d'investissement, a une obligation de conseil à l'égard de son client qui implique qu'il se renseigne sur les objectifs de son client et qu'il porte une appréciation critique destinée à orienter les choix du client au mieux de ses intérêts, dont l'intensité dépend de la nature des opérations entreprises et de la connaissance que le client a des risques qu'elles lui font encourir."*¹³⁷⁴

740. Catégorisation des clients selon la jurisprudence civile (avant la directive MIF). Afin de systématiser la responsabilité des prestataires de services d'investissement, même avant l'entrée en vigueur de la directive MIF, la jurisprudence a dû opérer des distinctions entre les clients, en les partageant en deux grandes catégories : avertis et profanes. Cette catégorisation prétorienne s'est construite progressivement, chaque espèce apportant un nouvel éclairage sur les critères de la distinction. Les juges ont préféré adopter une méthode d'appréciation *in concerto*, qui présente plus de souplesse par rapport à une catégorisation abstraite qui risque de perdre de vue des circonstances propres à chaque litige. Ainsi, les juges français utilisent en principe trois critères distinctifs cumulatifs : les connaissances de l'investisseur, son compétence professionnelle, ainsi que son expérience acquise en la matière.

¹³⁷⁰ M. MOULIN, « Responsabilités des banques en matière de commercialisation de produits financiers », *Droit bancaire et financier*, mars-avril 2010, p. 22.

¹³⁷¹ Le PSI devait en effet tenir compte de "la compétence professionnelle, en matière de services d'investissement, de la personne à laquelle le service d'investissement est rendu" conformément à l'ancien Art. L 533-4 (4°) du CMF (issu de l'art. 58 de la loi n°96-597 du 2 juillet 1996 codifié depuis le 1er janvier 2001).

¹³⁷² Conformément à l'ancien Art. L 533-4 (4°) du CMF (issu de l'ancien art. 58 de la loi n°96-597 du 2 juillet 1996).

¹³⁷³ Cass. com., 8 avr. 2008, D. 2008, AJ. 1202, obs. X. DELPECH.

¹³⁷⁴ CA Paris, pôle 5, 11 février 2010, n°07-20.601.

741. Clients avertis. À l'égard d'un client averti, le banquier prestataire de services d'investissement ne peut être tenu responsable qu'aux termes des conseils relatifs à des matières ignorées par le client. Un client averti ne peut pas reprocher à la banque un conseil erroné dans un domaine dans lequel il est lui-même spécialiste. En Belgique, les juges ont adopté le même raisonnement en considérant comme investisseur averti un homme d'affaire, habitué aux opérations de placements financiers, familiarisé avec le fonctionnement des marchés publics¹³⁷⁵.

742. Clients profanes. En application de la théorie de l'asymétrie informationnelle, mais aussi du principe de bonne foi, seul le client ignorant (profane) doit bénéficier des conseils du banquier. À l'égard du client non averti, le banquier prestataire de services d'investissement doit formuler son conseil et ses recommandations de manière intelligible, en insistant sur les risques financiers prévisibles dans chaque cas¹³⁷⁶.

Par conséquent, avant l'entrée en vigueur de la réglementation MIF, en France, la protection prétorienne de l'investisseur dépendait du degré de faiblesse informationnelle du client et du caractère spéculatif de l'opération. Si l'opération était jugée spéculative et si le client n'était pas suffisamment averti en la matière, alors les juges imposaient au banquier une obligation de mise en garde que parfois la doctrine qualifiait d'obligation de conseil. En tout état de cause, au stade actuel de la jurisprudence, les banquiers doivent rapporter la preuve de leur diligence¹³⁷⁷. Avec l'entrée en vigueur de la réglementation MIF, cet amalgame ne devrait plus se faire. On devrait pouvoir faire une nette distinction entre l'obligation de mise en garde et celle de conseil qui aura un périmètre restreint.

b) Le banquier prestataire de services d'investissement doit agir en bon professionnel

743. Bonus argentais. Le banquier prestataire de services d'investissement doit délivrer au client ses informations, et conseils comme tout bon professionnel et doit gérer le portefeuille en bon gestionnaire « *placé dans les mêmes circonstances de temps et de lieu* » et agissant dans les mêmes conditions économiques, juridiques et financières¹³⁷⁸. Il doit agir comme un *bonus argentarius* c'est-à-dire comme un professionnel normalement prudent, soigneux et diligent. Dans un litige, le juge va apprécier la faute du banquier à l'aune de ce type de conduite. Peu importe que les instruments financiers composant le portefeuille subissent une baisse et que le conseil n'aboutisse pas ultérieurement à la satisfaction patrimoniale du client,

¹³⁷⁵ En droit belge : Comm. Bruxelles, 5 mai 2006, inédit, R.G. 5435/04 ; Comm. Mons, 22 février 2001, R.D.C., 2003, p. 63, observations J. P. BUYLE et M. DELIERNEUX.

¹³⁷⁶ Cass. com., 26 mars 2008. Cass. com., 26 février 2008, *Bull. civ.*, IV, n° 42, *RTD com* 2008, p. 371, obs. M. STORCK ; *Banque et droit* mars -avril 2008, n° 118, p. 24 ; *BJB* 2008, n° 2, p. 164, note P. GOUTAY et C. SAUDO. *D.* 2008, p. 776, obs. A.C.MULLER ; Cass. com., 1^{er} juillet 2008, D. n° 07-16461.

¹³⁷⁷ Voir par comparaison Cass. 1^{re}1^{ère} civ., 25 févr. 1997, n° 94-19685, *Bull. civ* I, n° 75.

¹³⁷⁸ C. GAVALDA, note sous Cass. com. 12 juill. 1971, *D.* 1972 ; T. BONNEAU, « Le mandat du gérant de fortune, ses obligations et sa responsabilité en droit français », in L. THEVENOZ (dir.), *Aspects juridiques de la gestion de fortune* (sous la direction de L. THEVENOZ), éd., Bruylant et Staempfli, Berne, 1999, p. 23-44, spéc. n° 13,

dès lors que le conseil a été délivré selon le critère de diligence normale et rationnelle au moment de sa délivrance au client. Le banquier n'engagera pas sa responsabilité s'il ne peut lui être imputé « aucune opération anormale »¹³⁷⁹. De surcroît la jurisprudence tend à prendre en compte le résultat global des opérations, dans une approche globale, en fonction de l'horizon de placement convenu¹³⁸⁰.

2. L'obligation de conseil d'origine législative et réglementaire

744. Dispositions législatives européennes et nationales. L'obligation du conseil est de nos jours principalement le fait du législateur européen et national.

745. Directive MIF. « Dans le double objectif de protéger les investisseurs et d'assurer le bon fonctionnement des marchés des valeurs mobilières »¹³⁸¹, la directive européenne n° 2004-39 du 21 avril 2004 concernant les marchés d'instruments financiers a imposé une véritable obligation de conseil à la charge du banquier qui fournit des services de conseil en investissement ou de gestion de portefeuille au profit des clients de détail, c'est-à-dire non professionnels. L'article 19 de la directive, intitulé « Règles de conduite pour la fourniture de services d'investissement à des clients », est le siège de nouvelles exigences qui concernent tous les Etats membres.¹³⁸²

¹³⁷⁹ Paris, 24 sept. 2002, G. Y. Diffusions c/ Caisse de crédit agricole mutuel de Paris et d'Ile de France, JurisData n° 200909.

¹³⁸⁰ En Belgique : Bruxelles, 9^e ch., 26 septembre 2008, R.D.C. 2010, p. 169 : la gestion de fortune est orientée sur le long terme. Il ne peut donc être reproché d'avoir décidé de maintenir les valeurs acquises dans le portefeuille (...) En toute hypothèse, [le client] ne rapporte pas la preuve que (...) les actions n'ont pas retrouvé leur valeur d'acquisition au terme de la durée d'investissement initialement convenue... ».

¹³⁸¹ Directive 2004/39/CE précitée.

¹³⁸² Il prévoit entre autres à la charge des prestataires de services d'investissement :

- une obligation d'agir d'une manière honnête, équitable et professionnelle qui serve au mieux les intérêts des clients ;
- une obligation de transparence en exigeant que toutes les informations, y compris publicitaires, adressées par l'entreprise d'investissement à des clients ou à des clients potentiels, sont correctes, claires et non trompeuses ;
- une obligation de communiquer aux clients sous une forme compréhensible les orientations et les mises en garde appropriées sur les risques inhérents à l'investissement, les systèmes d'exécution, les coûts et frais liés ;
- une obligation de se procurer les informations nécessaires concernant les connaissances et l'expérience du client ou du client potentiel en matière d'investissement en rapport avec le type spécifique de produit ou de service, sa situation financière et ses objectifs d'investissement, de manière à pouvoir lui recommander les services d'investissement et les instruments financiers qui lui conviennent ;
- une obligation de demander au client ou au client potentiel de donner des informations sur ses connaissances et sur son expérience en matière d'investissement en rapport avec le type spécifique de produit ou de service proposé ou demandé pour être en mesure de déterminer si le service ou le produit d'investissement envisagé convient au client ;
- une obligation d'avertir le client, sur la base des informations reçues de sa part, que le produit ou le service n'est pas adapté au profil du client ;
- une obligation d'avertir le client qui ne fournit pas les informations demandées qu'ils ne peuvent pas déterminer si le service ou le produit envisagé lui convient ;

746. Transposition de la directive dans le Code monétaire et financier. Suite à la transposition de la directive européenne n° 2004 -39 du 21 avril 2004, les articles L. 533-11 et suivants du Code monétaire et financier ont repris les règles de bonne conduite énoncées par le législateur européen, donnant ainsi un fondement juridique interne à l'obligation de conseil du banquier prestataire de services d'investissement. L'article L. 533-11 du code monétaire et financier dispose que : « *Lorsqu'ils fournissent des services d'investissement et des services connexes à des clients, les prestataires de services d'investissement agissent d'une manière honnête, loyale et professionnelle, servant au mieux les intérêts des clients* ». Aux termes de l'article L. 533-12 du même code, il oblige le prestataire de services d'investissement à transmettre à ses clients des informations présentant « *un contenu exact, clair et non trompeur* » dans lequel « *les communications à caractère promotionnel sont clairement identifiables en tant que telles* ». Concomitamment il est prévu que les prestataires de services d'investissement doivent communiquer à leurs clients, y compris à ceux potentiels, « *les informations leur 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* ». Et enfin, en application de l'article L. 533-13 du Code monétaire et financier les prestataires de services d'investissement doivent « *s'enquérir auprès de leurs clients, notamment leurs clients potentiels, de leurs connaissances et de leur expérience en matière d'investissement, ainsi que de leur situation financière et de leurs objectifs d'investissement, de manière à pouvoir leur recommander les instruments financiers adaptés ou gérer leur portefeuille de manière adaptée à leur situation* ».

747. Règlement général AMF. Ces règles de bonne conduite sont également inscrites dans le règlement général de l'AMF aux articles 314-3 (obligation d'information)¹³⁸³, 314-10 (informations claires et non trompeuses)¹³⁸⁴ et 314-44 (obligation de conseil)¹³⁸⁵.

-une obligation de constituer un dossier incluant le ou les documents approuvés par l'entreprise d'investissement et le client, où sont énoncés les droits et les obligations des parties ainsi que les autres conditions auxquelles la première fournit des services au second. Les droits et les obligations des parties au contrat peuvent être incorporés par référence à d'autres documents ou textes juridiques ;
-le client doit recevoir de l'entreprise d'investissement des rapports adéquats sur le service qu'elle fournit à ses clients. Ces rapports incluent, lorsqu'il y a lieu, les coûts liés aux transactions effectuées et aux services fournis au nom du client.

¹³⁸³ Art. 314-3 du Règlement général de l'AMF Le prestataire de services d'investissement agit d'une manière honnête, loyale et professionnelle, avec la compétence, le soin et la diligence qui s'imposent, afin de servir au mieux l'intérêt des clients et de favoriser l'intégrité du marché. Il respecte notamment l'ensemble des règles organisant le fonctionnement des marchés réglementés et des systèmes multilatéraux de négociation sur lesquels il intervient.

¹³⁸⁴ Art. 314-10 du Règlement général de l'AMF Le prestataire de services d'investissement veille à ce que toute l'information, y compris à caractère promotionnel, qu'il adresse à des clients, remplisse les conditions posées au I de l'art. L. 533-12 du code monétaire et financier. Le prestataire veille également à ce que toute l'information, y compris à caractère promotionnel, qu'il adresse à des clients non professionnels ou qui parviendra probablement à de tels destinataires remplisse les conditions posées aux art. 314-11 à 314-17.

¹³⁸⁵ Art. 314-44 du Règlement général de l'AMF « En application du I de l'art. L. 533-13 du code monétaire et financier, le prestataire de services d'investissement se procure auprès du client toutes les informations lui permettant d'avoir une connaissance suffisante des faits essentiels le concernant et de considérer,

D. Contenu

748. Composantes. L'obligation de conseil du banquier prestataire de services d'investissement se distingue par sa complexité et comporte quatre composantes : un devoir de se renseigner, un devoir d'information, un devoir de mettre en garde et un devoir de vendre un produit adapté à ses besoins. Les trois premiers devoirs sont accomplis dans le but de connaître son client et de l'informer sur les caractéristiques et risques du produit. Etant donné que l'essence de l'obligation de conseil consiste dans la connaissance du client et la recherche d'un produit adapté à ses besoins et ses attentes, il y a lieu d'insister sur ces deux aspects qui montrent clairement la spécificité de l'obligation de conseil.

1. La connaissance du client

749. Evaluation de la compétence et du patrimoine du client. Le banquier doit tout d'abord connaître son client ce qui implique une obligation d'évaluation de la compétence et du patrimoine du celui-ci. A cet effet, le professionnel sera tenu de s'enquérir de la situation financière, l'expérience, les objectifs, l'horizon de placement, ainsi que le degré d'acceptation du risque du client¹³⁸⁶. Cette exigence est intimement liée à la grande diversité de la clientèle qui inclut les épargnants cherchant à investir leur épargne pour la faire fructifier, ainsi que les investisseurs qui souhaitent la constitution d'une épargne à long terme, un complément de revenus, l'achat d'un logement ou la préparation de la retraite, tout comme le client averti, habitué aux opérations bancaires complexes. La situation financière du client s'apprécie notamment en fonction des revenus et du montant du placement, mais aussi en prenant en compte la composition familiale et autres éléments caractéristiques de son patrimoine.

750. Segmentation de la clientèle. Les dispositions professionnelles en vigueur exigent en effet une segmentation de la clientèle. Ainsi, l'article 314-4 du Règlement général de l'AMF exige la mise en place des « *procédures appropriées et écrites permettant de classer ses clients dans les catégories de clients non professionnels, clients professionnels ou contreparties éligibles* ». Le principal enjeu de cette classification réside dans le fait que l'application des règles de bonne conduite énoncées par le législateur dépendra de la catégorie du client en question. Le plus souvent la banque s'acquitte de l'obligation de catégorisation des clients par la mise en place des moyens et procédures internes spécifiques. Il s'agit

compte tenu de la nature et de l'étendue du service fourni, que la transaction qu'il entend recommander ou le service de gestion de portefeuille qu'il envisage de fournir satisfait aux critères suivants :

1° Le service répond aux objectifs d'investissement du client ;

2° Le client est financièrement en mesure de faire face à tout risque lié à la transaction recommandée ou au service de gestion de portefeuille fourni et compatible avec ses objectifs d'investissement ;

3° Le client possède l'expérience et les connaissances nécessaires pour comprendre les risques inhérents à la transaction recommandée ou au service de gestion de portefeuille fourni ».

¹³⁸⁶ Voir en ce sens le Rapport relatif à la commercialisation des produits financiers présenté par Jacques DELMAS-MARSALET en novembre 2005, p. 35.

notamment de réunir des informations par le biais des questionnaires¹³⁸⁷, des fiches patrimoniales, des fiches d'informations et conseils, qui par précaution doivent être signés par le client et qui serviront à l'évaluation de son profil. Concomitamment, la force de vente doit être encadrée par des procédures internes (argumentaire commercial, guide de procédure service client) qui constituent le *modus operandi* des commerciaux.

a) Notion de client professionnel et non professionnel et de contrepartie éligible

751. Clients professionnels. Les clients professionnels sont définis par le Code monétaire et financier comme ceux possédant « *l'expérience, les connaissances et la compétence nécessaires pour prendre [leurs] propres décisions d'investissement et évaluer correctement les risques encourus* »¹³⁸⁸.

752. Clients non-professionnels. Sans bénéficier d'une définition législative, les « clients non professionnels » sont, par défaut, ceux qui ne sont pas « professionnels ». Il convient de souligner qu'au sein de cette catégorie il peut y avoir des sous-segmentations. Ainsi, en fonction du risque que les clients veulent prendre, de leur horizon de placement et naturellement de leurs objectifs d'investissement, on peut identifier des investisseurs prudents, neutres, dynamiques, voire très dynamiques. Dans la première catégorie, il faut inclure ceux qui veulent éviter le risque, étant récalcitrants à l'investissement en bourse ou dans des valeurs volatiles et cherchant un rendement garanti. Dans la deuxième catégorie, on peut classer les clients qui visent un équilibre entre valeurs sûres et actions. Enfin, dans les deux autres segments de clientèle, on peut classer les investisseurs avertis qui veulent prendre des risques dans l'espoir d'un meilleur rendement et qui sont attirés par des actions spéculatives.

753. Contrepartie éligible. La classification de contrepartie éligible ne s'applique qu'à trois services d'investissement : la réception et la transmission d'ordres pour le compte de tiers, l'exécution d'ordres pour le compte de tiers et la négociation pour le compte propre. Les

¹³⁸⁷ Voir en ce sens ACP, *Instruction n° 2012-I-07 relative au questionnaire sur l'application des règles destinées à assurer la protection de la clientèle* ; ACP, *Recommandation 2013-R-01 du 8 janvier 2013 sur le recueil des informations relatives à la connaissance du client dans le cadre du devoir de conseil en assurance vie* ; P.-G. MARLY, « L'Autorité de contrôle prudentiel (ACP) juge perfectible l'exécution du devoir de conseil. Note sous Autorité de contrôle prudentiel, *Recommandation sur le recueil des informations relatives à la connaissance du client dans le cadre du devoir de conseil en assurance vie, recommandation 2013-R-01 du 8 janvier 2013, JCP E 2013, Chronique "Droit des assurances"* comm. 1497.

¹³⁸⁸ Art. D. 533-11 du Code monétaire et financier procède à une énumération des personnes relevant de cette catégorie : des personnes morales de droit commun peuvent être catégorisées en "clients professionnels" sur la base de seuils comptables : un total de bilan égal ou supérieur à vingt millions d'euros ; un chiffre d'affaires net ou recettes nettes égaux ou supérieurs à quarante millions d'euros ; des capitaux propres égaux ou supérieurs à deux millions d'euros. La réunion de deux de ces critères suffit pour entrer dans la catégorie des "clients professionnels".

prestataires de services d'investissement peuvent fournir de tels services à leur client "contrepartie éligible" sans avoir à se conformer aux règles de bonne conduite¹³⁸⁹.

754. Règles à venir. La proposition de la Commission européenne, présentée en octobre 2011, visant la modification de la directive MIF conserve cette classification des clients. En revanche, les différences entre les différents segments seront estompées. La Commission a l'intention d'étendre le bénéfice l'obligation d'agir d'une manière honnête, équitable et professionnelle à tous les investisseurs, indépendamment de la catégorie à laquelle ils appartient. En outre, le texte indique que les contreparties éligibles devraient recevoir une meilleure information et une meilleure documentation concernant les services fournis.

b) Information des clients sur leur catégorie

755. Information sur la catégorie et la possibilité de changer de catégorie. Le banquier est tenu d'informer ses clients tout d'abord « *de leur catégorisation* » et de « *leur droit à demander une catégorisation différente et des conséquences qui en résulteraient quant à leur degré de protection* » et ensuite, si besoin, de « *changement de catégorie* ».

756. Catégories interchangeable. Les clients professionnels et les contreparties éligibles ont le droit de demander à être placés dans une catégorie offrant une plus grande protection s'ils estiment « *ne pas être en mesure d'évaluer ou de gérer correctement les risques* » auxquels ils seraient exposés. Les clients non-professionnels peuvent, en revanche, solliciter le bénéfice du statut de client professionnel. Cette faculté est encadrée par un formalisme relativement lourd et des conditions restrictives. Il s'agit en effet, pour le client, de renoncer à une partie de la protection que lui offrent les règles de bonne conduite.

757. Conditions. Pour des raisons de protection et de traçabilité, la demande du client doit être notifiée par écrit au prestataire, ainsi que la réponse du banquier prestataire, qui, de surcroît, doit inclure une information claire sur « *les protections et les droits à indemnisation dont le client risque de se priver* ». Le client est tenu de déclarer par écrit, dans un document distinct du contrat concerné, qu'il est conscient des conséquences de sa renonciation. Bonne foi oblige, le client professionnel et la contrepartie éligible doivent informer le prestataire de services d'investissement de tout changement susceptible de modifier leur catégorisation¹³⁹⁰. Si, en revanche, c'est le banquier prestataire de services d'investissement qui constaterait que les conditions de la catégorisation ne sont plus satisfaites, il devrait prendre des « *mesures appropriées* ». En application de l'article D 533-12 du Code monétaire et financier il peut, de sa propre initiative, modifier la catégorie d'un client vers une catégorie plus protectrice, sans oublier d'informer son client du changement opéré.

¹³⁸⁹ Art. L. 533-20 du Code monétaire et financier renvoie à l'art. D. 533-13 du CMF qui procède à une énumération des personnes ayant la qualité de contrepartie éligible. Cette liste est quasi identique à celle des clients professionnels.

¹³⁹⁰ Art. 314-4 du Règlement général de l'AMF.

2. La recherche d'un produit adapté aux besoins du client

758. Proposer un produit adapté aux besoins de l'investisseur. Après avoir déterminé le profil de l'investisseur, c'est-à-dire la vision personnelle du risque et du rendement souhaité, le banquier devrait être en mesure de pouvoir lui proposer un produit adapté à ses besoins et à ses attentes. Par conséquent, nous remarquons que l'obligation de conseil inclut aussi un devoir d'information, de communication constante, loyale, sincère dans les deux sens, tant de la part du banquier que du client. Elle va au-delà de la mise en garde car le banquier doit à la fois donner des conseils négatifs et positifs. Le vendeur doit signaler aux clients les risques potentiels et lui proposer une alternative.

759. Suitability test. Désormais, avant de fournir un conseil en investissement, le banquier prestataire de services d'investissement doit effectuer un « test d'évaluation de l'adéquation » (*suitability test*), qui consiste dans l'évaluation de l'adéquation du produit ou du service envisagé à la situation de son client. La modulation de l'offre des produits par segment de clientèle est probablement la partie la plus technique lorsqu'il s'agit de commercialiser des produits un peu plus complexes qu'un simple plan épargne logement (PEL), car le tout est de comprendre les composantes et les risques de chaque produit. Les commerciaux devraient en effet disposer des documents présentant de façon précise les particularités de chaque contrat pour être en mesure de fournir un conseil adapté au profil du client et de préciser les raisons qui motivent le conseil.

760. Obstacles. La sélection du produit « idéal » peut se heurter à une autre difficulté indécélable a priori par le client : les vendeurs proposent souvent ce qui leur apporte le plus en terme de rémunération. C'est l'effet destructif des rémunérations versées aux conseillers vendeurs pour les inciter à commercialiser les produits les plus rentables. Une telle démarche aboutit souvent à la vente d'investissements qui ne sont pas en réalité adaptés aux besoins exprimés par le client, voire à de pertes ou des rendements inférieurs aux attentes projetées. Dans ce cas, la responsabilité civile et disciplinaire de la banque pourra être mise en cause pour défaut de conseil.

E. Conditions

761. Condition objective. L'obligation de conseil du banquier prestataire de services d'investissement ne sera due que si les opérations envisagées ont lieu dans le cadre d'une vente conseillée ou d'un mandat de gestion. Il s'agit donc d'une condition objective qui limite l'application de cette obligation aux sollicitations (recommandations) d'investissements faites par le banquier ou aux demandes de conseil adressées par le client. Par définition, l'obligation

sera imposée seulement si le client souscrit à des services d'investissements, conformément à la définition donnée par l'article L 321-1 du Code monétaire et financier¹³⁹¹

762. Condition subjective. Le conseil doit profiter à tous les investisseurs qui ont choisi de faire partie de la catégorie des non-professionnels, soient-ils profanes ou avertis. Soulignons tout d'abord que le caractère interchangeable des catégories met en évidence la finalité de cette obligation qui doit aboutir à la commercialisation des produits adaptés à chaque catégorie de client. Ensuite, il convient d'observer que cette liberté de choisir sa propre catégorie, et donc implicitement le régime de protection, met en lumière la singularité de l'obligation de conseil par rapport à celle de mise en garde. L'obligation jurisprudentielle de mise en garde du banquier PSI, même si elle a un champ d'application plus large, elle est plus restrictive en ce qu'elle profite seulement aux profanes qui souscrivent une opérations présentant des risques inhérents, les clients n'ayant pas la possibilité de s'autoproclamer « profanes », cette qualification étant déterminable par le juge du fond en cas du litige. Alors que, le conseil profite même aux clients possédant « *l'expérience, les connaissances et la compétence nécessaires pour prendre [leurs] propres décisions d'investissement et évaluer correctement les risques encourus* »¹³⁹² s'ils sollicitent un encadrement dans la catégorie des clients « non-professionnels ».

763. Risque d'opportunisme. Par ailleurs, il faut souligner que si le banquier propose un produit qui n'est pas rentable à un client averti qui cherche surtout un investissement dynamique, risqué, mais potentiellement performant, le banquier n'a pas respecté son devoir de conseil. D'autre part, si le banquier propose un produit trop risqué à un client non-professionnel réticent au risque, il n'a pas respecté non plus son devoir de conseil. Dans la pratique, le client sera mécontent uniquement en cas de moins-value par rapport aux promesses de rendement initial. Car, la seule chose qu'on déplore lorsqu'on analyse de près les effets de cette législation, c'est le fait qu'elle encourage le comportement opportuniste de la clientèle.

¹³⁹¹ « Les services d'investissement portent sur les instruments financiers énumérés à l'art. L. 211-1 et comprennent les services et activités suivants : 1. La réception et la transmission d'ordres pour le compte de tiers ; 2.L'exécution d'ordres pour le compte de tiers ; 3. La négociation pour compte propre ; 4. La gestion de portefeuille pour le compte de tiers ; 5. Le conseil en investissement ; 6-1. La prise ferme ; 6-2. Le placement garanti ; 7. Le placement non garanti ; 8.L'exploitation d'un système multilatéral de négociation au sens de l'art. L. 424-1. Un décret précise la définition de ces services. » ; Voir aussi Art. D. 321-1 du Code monétaire et financier.

¹³⁹² L'art. D. 533-11 du Code monétaire et financier procède à une énumération des personnes relevant de cette catégorie : des personnes morales de droit commun peuvent être catégorisées en "clients professionnels" sur la base de seuils comptables : un total de bilan égal ou supérieur à vingt millions d'euros ; un chiffre d'affaires net ou recettes nettes égaux ou supérieurs à quarante millions d'euros ; des capitaux propres égaux ou supérieurs à deux millions d'euros. La réunion de deux de ces critères suffit pour entrer dans la catégorie des "clients professionnels".

F. Preuve

764. Charge de la preuve. En application d'une jurisprudence constante, la charge de la preuve de l'information, de la mise en garde et du conseil incombe au banquier prestataire de services d'investissement et non au client. En matière d'obligation de conseil, le banquier est tenu à prouver qu'il s'est acquitté, préalablement à la signature du contrat, de son devoir d'évaluer la compétence et la situation du patrimoine du client et de son devoir de rechercher un produit adapté aux besoins et attentes du client. Par conséquent, il doit pouvoir justifier avoir procédé à une étude personnalisée de la situation des investisseurs qui a conduit à une classification du client dans l'une des catégories prédéfinies par la banque. En plus, il doit prouver que cette segmentation, communiquée et acceptée par le client, a été prise en compte en vue de la commercialisation du produit.

765. Traçabilité de la preuve. La prestation de conseil doit faire l'objet d'une traçabilité, la loi imposant au banquier de « *conserver un enregistrement de tout service qu'ils fournissent et de toute transaction qu'ils effectuent, permettant à l'Autorité des marchés financiers de contrôler le respect des obligations du prestataire de services d'investissement et, en particulier, de toutes ses obligations à l'égard des clients, notamment des clients potentiels.* »¹³⁹³. Les conseillers vendeurs doivent consigner les réponses du client dans le questionnaire type qui évalue son profil d'investisseur, ainsi que les préconisations faites. En pratique, chaque client a un dossier informatisé qui est censé recueillir ce genre d'informations d'une grande utilité en cas de contentieux. L'exigence de traçabilité s'applique également en matière de vente à distance et suppose la conservation des échanges de courriels et des confirmations écrites. Les juges du fond doivent apprécier les éléments justificatifs, apportés par la banque et évaluer le montant du préjudice¹³⁹⁴. Par conséquent, la conservation de la preuve du conseil fourni est d'une grande utilité pour le professionnel en cas de contestation, étant l'un des principaux instruments de gestion de risque juridique. Si du point de vue strictement juridique, la preuve du conseil prodigué peut être rapportée par tous moyens, en pratique les questionnaires et les autres moyens de preuves écrites seront privilégiés¹³⁹⁵.

¹³⁹³ Art. L 533-10 du Code monétaire et financier.

¹³⁹⁴ Cass. com., 31 janvier 2012, pourvoi n° 11-11.700.

¹³⁹⁵ Cass. 3^e civ., 6 mars 2002, n° 99-20637 ; R. ROUTIER, *op. cit.*, n° 351.40.

G. Sanctions

L'inexécution de l'obligation de conseil du banquier prestataire de services d'investissement peut entraîner une responsabilité contractuelle et/ou disciplinaire.

1. Responsabilité contractuelle

766. Fondement. Tous les arrêts en la matière sont rendus sur le fondement de l'article 1147 du Code civil¹³⁹⁶. Les clients cherchant tout d'abord la réparation de leur préjudice, l'action en responsabilité contractuelle est la voie la plus utilisée par les investisseurs déçus. Sur le terrain contractuel, il faut préciser que les juges de fond doivent vérifier si compte tenu de toutes les circonstances de l'espèce, le banquier s'est comporté comme un bon professionnel. Quant aux fautes du professionnel, le simple manquement à ces obligations en matière de conseil est en principe constitutif de faute, à l'exception d'une cause de justification. Cependant, la prestation du conseil est une obligation de moyens et la diligence du professionnel doit être appréciée dans un contexte qui prend en compte les aléas boursiers. D'une manière classique, en matière de fautes potentielles du banquier, on peut citer le dépassement de mandat, le non-respect du mandat, la prise des décisions déraisonnables dans un contexte économique donné, la diversifications insuffisante ou la mauvaise répartition des risques, etc. La responsabilité du banquier sera en revanche appréciée au regard de l'évolution globale des produits d'investissements souscrits par le client, en prenant en compte la nature spéculative ou pas des produits.

767. La difficile appréciation du dommage. Quant au dommage, il convient de rappeler que la sous-performance d'un portefeuille ou d'un produit d'investissement ne permet pas à elle seule une indemnisation automatique et proportionnée. Il faut que la moins-value soit en effet due à un mauvais conseil prodigué par le banquier.

A titre d'exemple dans un jugement rendu par le Tribunal de première instance de Bruxelles le 3 octobre 2011 concernant un litige opposant des clients non professionnels, ayant un profil défensif à une société de gestion (ci – après désignée comme le PSI), à la suite d'une baisse de plus de 33% de leurs portefeuilles, il a été jugé que le préjudice des clients correspondait à la différence entre la valeur de leurs portefeuilles au jours où ils ont mis fin aux conventions de gestion et ce qu'elle aurait dû être si le PSI en question les avait composés conformément au contrat de gestion. Nous allons reproduire le raisonnement du Tribunal en matière d'appréciation de préjudice car il a le mérite d'expliquer clairement la difficulté de son évaluation :

« Le calcul effectué par les consorts S., sur base de d'un benchmark arbitrairement choisi, apparaît simpliste et ne peut être entériné.

¹³⁹⁶ Cass. com. 8 avr. 2008, D. 2008. AJ 1202, obs. X. Delpech.

L'évaluation de leur dommage réel implique de simuler ce qu'aurait été l'évolution de leurs portefeuilles s'ils avaient été autrement constitués.

Le Tribunal ne dispose pas des connaissances techniques nécessaires pour procéder à cette simulation. Il s'impose par conséquent de désigner un expert qui sera chargé de proposer des calculs d'indemnisation, en motivant le choix des divers paramètres de calcul. »¹³⁹⁷

En France, la Cour de cassation utilise le concept de « perte de chance »¹³⁹⁸ lorsque le banquier n'a pas respecté ses obligations d'information, de mise en garde ou de conseil. Plus précisément, le préjudice subi par le client serait aux yeux des juges la perte de chance de prendre une bonne décision. Récurrente en la matière, cette solution a été retenue par un arrêt de la Chambre commerciale du 10 décembre 1996 qui a décidé : « *qu'en manquant à son obligation d'éclairer Mlle X... sur les conséquences éventuelles de son choix d'effectuer des opérations sur le marché boursier à règlement mensuel la société de bourse a seulement privé sa cliente 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 ou fait réaliser*¹³⁹⁹ ». La perte d'une chance apparaît comme un préjudice distinct de la perte effectivement subie et donc la réparation du dommage doit « *être mesurée à la chance perdue et ne peut être égale à l'avantage qu'aurait procuré cette chance si elle s'était réalisée*¹⁴⁰⁰ ». Par conséquent, le plus souvent, la théorie de la perte de chance aboutit à une réparation partielle du préjudice, solution qui est le plus souvent avantageuse pour le banquier.

768. Critique. La doctrine critique cette option montrant que les juges « *appliquent souvent la notion de perte d'une chance pour réduire la réparation due au client et pallier ainsi leur incertitude sur le lien de causalité entre l'absence de conseil et le risque auquel le client s'est exposé et qui est finalement réalisé.*¹⁴⁰¹ »

769. Réparation intégrale de la perte subie. Cependant, il résulte des arrêts récents que la Haute juridiction admet la réparation intégrale de la perte subie suite à l'inexécution de l'obligation de conseil¹⁴⁰². C'est le cas d'un arrêt rendu par la chambre commerciale le 7 avril 2009. En l'espèce, la banque reprochait aux juges du fond le fait de l'avoir condamnée à

¹³⁹⁷ En droit belge : Bruxelles, 3 oct. 2011, *RDC - TBH*, 2013, p.636, note B. CAULIER, « Obligations perpétuelles et risque évolutif ».

¹³⁹⁸ Cass. com., 26 janvier 2010, pourvoi n° 08-18.354, *Bull.* 2010, IV, n° 21 : le préjudice résultant du défaut de mise en garde consiste en une perte de chance de ne pas contracter ; Cass. com., 10 juillet 2012, pourvoi n° 11-11.891 : le préjudice résultant du manquement à une obligation d'information en une perte de chance d'éviter le risque qui s'est réalisé.

¹³⁹⁹ Cass. com., 10 décembre 1996, n° 94-16082, *Bull.* 1996, IV n° 307 p. 261.

¹⁴⁰⁰ Cour Cassation, « Etude sur la preuve » in *Rapport annuel 2012*; Cass. com., 15 février 2011, pourvoi n° 10-11.614 ; Cass. com., 8 novembre 2011, pourvoi n° 10-23.662.

¹⁴⁰¹ R. HATTAB, thèse *op. cit.*, n° 549.

¹⁴⁰² Cass. com., 7 avril 2009, pourvoi n° 08-14822 ; Voir aussi Cass. com. 8 avril 2008, précité : « Attendu qu'en statuant ainsi, alors qu'il résultait de ses propres constatations que la caisse avait, en fournissant à son client un conseil inadapté à sa situation personnelle dont elle avait connaissance, commis une faute sans laquelle ce dernier n'aurait pas procédé aux opérations génératrices de pertes, la cour d'appel a violé le texte susvisé. ».

rembourser l'intégralité de la perte subie par la cliente, en arguant, selon le premier moyen que « *que le préjudice réparé doit être à l'exacte mesure du dommage éprouvé par la victime ; qu'en cas de manquement du défendeur à son obligation d'information et de conseil, le seul préjudice susceptible d'être réparé consiste dans la perte de la chance qu'avait le demandeur, informé et éclairé, de prendre une décision différente de celle qu'il a adoptée ; qu'en condamnant la caisse d'épargne et de prévoyance à une indemnité correspondant précisément à la totalité de la perte en capital, quand seule la perte de chance d'avoir été en mesure de prendre une décision différente pouvait être réparée, les juges du fond ont violé les articles 1137 et 1147 du code civil.* ». La Cour de cassation a rejeté les demandes de la banque décidant que : « *qu'après avoir relevé que M. X... avait signé un document intitulé "bulletin de souscription", aux termes duquel il déclarait souscrire à des fonds communs de placement, sans avoir approuvé ni signé le bulletin de souscription dactylographié précisant la date de la souscription, la date de valeur, le prix de chaque titre et attestant de la connaissance de la notice d'information, et que la caisse n'établissait pas que M. X... avait voulu accepter les risques afférents au placement litigieux eu égard à la performance pouvant en être attendue ou que le produit financier proposé était adapté à la composition de son patrimoine, l'arrêt retient que le manquement de la caisse à son obligation d'information et de conseil relatif au caractère risqué de ce placement était directement à l'origine du préjudice subi par son client ; qu'en l'état de ces constatations et énonciations, la cour d'appel, qui n'avait pas à procéder aux recherches inopérantes visées par la seconde branche du moyen, a fait l'exacte application des textes susvisés ; que le moyen n'est pas fondé* ».

En conclusion, nous constatons que l'appréciation du dommage subie pour manquement à l'obligation de conseil est une question délicate, notamment à cause de caractère aléatoire des placements. Cependant, nous considérons que la méthode d'évaluation pratiquée par les juridictions belges en la matière permet en effet la réparation totale du préjudice, selon des critères objectifs et pourrait être une source d'inspiration pour les juges de l'Hexagone.

2. Responsabilité disciplinaire

770. Sanctions disciplinaires et pécuniaires de la part des autorités de tutelle. Outre la responsabilité civile, la banque peut encourir des sanctions disciplinaires et pécuniaires de la part des autorités de contrôle.¹⁴⁰³

771. Jurisprudence ACPR. S'agissant de la jurisprudence de la commission de sanctions de l'ACPR en la matière, nous citons la sanction prononcée à l'encontre d'Arca patrimoine¹⁴⁰⁴, l'un des plus importants courtiers en assurance-vie de France. Même si la société sanctionnée n'est pas une banque, cette décision est fort intéressante parce qu'elle constitue désormais un précédent en matière de manquement aux obligations d'information et de conseil. La société

¹⁴⁰³ Voir *supra* n°366 et ss.

¹⁴⁰⁴ ACPR, Commission des sanctions, le 18 juin 2013.

s'est vu infliger une amende de 150 000€ et un blâme pour la violation des dispositions législatives et réglementaires en matière d'obligation d'information et conseil à l'égard des clients.

772. Jurisprudence AMF. Aux termes de l'article L 621-15 du Code monétaire et financier, l'Autorité des marchés financiers est habilitée à sanctionner à son tour le défaut de conseil des prestataires de services d'investissement¹⁴⁰⁵. Dans ce contexte, il convient d'évoquer la décision de la commission des sanctions à l'égard de BNP Paribas suite à une procédure de contrôle portant sur la manière dont la banque a commercialisé des actions EDF auprès du public entre le 28 octobre et le 17 novembre 2005¹⁴⁰⁶. Le rapport de contrôle établi le 29 septembre 2006 a reproché à BNP Paribas entre autres le non-respect des règles de protection des clients prévues par L. 533-11 (l'ancien L. 533-4, 4°) du Code monétaire et financier qui s'est manifesté notamment par le biais d'un ciblage de la clientèle tous azimuts (« phoning de masse ») et des souscriptions inadaptées au patrimoine des clients. Par ces manquements, la commission de sanction de l'AMF a infligé à BNP Paribas un avertissement et une amende de 500 000 euros.

¹⁴⁰⁵ Art. L 621-15 III du Code monétaire et financier : « Les sanctions applicables sont : a) Pour les personnes mentionnées aux 1° à 8°, 11°, 12°, 15° à 17° du II de l'art. L. 621-9, l'avertissement, le blâme, l'interdiction à titre temporaire ou définitif de l'exercice de tout ou partie des services fournis, la radiation du registre mentionné à l'art. L. 546-1 ; la commission des sanctions peut prononcer soit à la place, soit en sus de ces sanctions une sanction pécuniaire dont le montant ne peut être supérieur à 100 millions d'euros ou au décuple du montant des profits éventuellement réalisés ; les sommes sont versées au fonds de garantie auquel est affiliée la personne sanctionnée ou, à défaut, au Trésor public ; b) Pour les personnes physiques placées sous l'autorité ou agissant pour le compte de l'une des personnes mentionnées aux 1° à 8°, 11°, 12°, 15° à 17° du II de l'art. L. 621-9, l'avertissement, le blâme, le retrait temporaire ou définitif de la carte professionnelle, l'interdiction à titre temporaire ou définitif de l'exercice de tout ou partie des activités ; la commission des sanctions peut prononcer soit à la place, soit en sus de ces sanctions une sanction pécuniaire dont le montant ne peut être supérieur à 15 millions d'euros ou au décuple du montant des profits éventuellement réalisés en cas de pratiques mentionnées aux c et d du II ou à 300 000 euros ou au quintuple des profits éventuellement réalisés dans les autres cas ; les sommes sont versées au fonds de garantie auquel est affiliée la personne morale sous l'autorité ou pour le compte de qui agit la personne sanctionnée ou, à défaut, au Trésor public ; c) Pour les personnes autres que l'une des personnes mentionnées au II de l'art. L. 621-9, auteurs des faits mentionnés aux c et d du II, une sanction pécuniaire dont le montant ne peut être supérieur à 100 millions d'euros ou au décuple du montant des profits éventuellement réalisés ; les sommes sont versées au Trésor public ».

¹⁴⁰⁶ AMF, Commission de sanctions, 11 septembre 2008, SAN-2008-23 à l'encontre de BNP PARIBAS SA et à l'encontre de la Société Générale ; La Société Générale a été sanctionnée pour ne pas avoir été en mesure de produire dans certains cas la preuve des ordres de souscriptions et des instructions de revente des titres EDF.

§2 Analyse des risques juridiques liés au non-respect de l'obligation de conseil du banquier prestataire de services d'investissement

A. Observations préliminaires

773. Risques fréquents et risques d'amplitude. La responsabilité de la banque en matière de prestation de services d'investissement est souvent recherchée sur le terrain de la violation de l'obligation de conseil à l'égard du client. Du point de vue de l'analyse des risques, la mise en cause de la responsabilité d'une banque sur le terrain contractuel, à titre individuel, par des clients qui ne s'associent pas pour obtenir collectivement la réparation de leur préjudice, représente un risque opérationnel fréquent, mais peu coûteux pour la banque. Si en matière d'obligation d'information, nous avons déjà donné des exemples pour illustrer les deux types de risques - fréquent et extrême -, cette fois-ci nous nous bornerons à l'analyse du risque d'amplitude. Les cas récurrents ou isolés n'entrent pas dans le périmètre de la présente analyse. Bien évidemment, en pratique il reviendra à chaque établissement de définir sa politique interne d'analyse des risques juridiques. Il est tout à fait concevable de prévoir des analyses de risques fréquents dédiés à chaque filière métier (par exemple pour la filière titres, filière banque privée, etc.), ainsi que des analyses transversales de risques d'amplitude. A ce stade, notre but est de mettre en évidence que le risque juridique est une composante majeure du risque opérationnel.

774. Action de groupe. L'introduction de l'action de groupe en droit français par la loi du 1er mars 2014 relative à la consommation¹⁴⁰⁷ et l'imminente consécration d'une action de réparation collective en droit belge¹⁴⁰⁸, nous laissent penser que les banques pourront être confrontées à des mises en causes à grande échelle, en matière de placements boursiers, impliquant un nombre potentiellement grand des clients mécontents. Ce type de risque extrême est susceptible d'entraîner des pertes conséquentes et des préjudices importants en ce qui concerne la réputation des établissements.

¹⁴⁰⁷ Voir art. L 423-1 à L 423-6 du Code de la consommation ; C. AUBERT DE VINCELLES et N. SAUPHANOR-BROUILLAUD, « Loi du 17 mars 2014 relative à la consommation-nouvelles mesures protectrices du consommateur », *op. cit.* ; M. BACACHE, « Introduction de l'action de groupe en droit français. A propos de la loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 », *op. cit.*

¹⁴⁰⁸ En Belgique : Projet de loi portant insertion d'un titre 2 "De l'action en réparation collective" au livre XVII "Procédures juridictionnelles particulières" du Code de droit économique et portant insertion des définitions propres au livre XVII dans le livre I du Code de droit économique : Chambre des représentants : DOC 53 2994/001 : <http://www.lachambre.be/kvvcr/showpage.cfm?section=/flwb&language=fr&cfm=flwbn.cfm?lang=F&legislat=53&dossierID=2944> (page consultée le 10 mars 2014).

B. Analyse qualitative

Afin d'appliquer la grille d'analyse des risques opérationnels de nature juridique en matière de non-respect de l'obligation de conseil du banquier prestataire de services d'investissement nous allons tout d'abord décrire un scénario plausible de risque.

1. Description

775. Scénario. Nous allons envisager un scénario de risque juridique impliquant la commercialisation de masse par voie de campagnes axées sur la vente d'un produit que la banque cherche à placer auprès d'un maximum de clients, sans trop se soucier de son adéquation aux besoins de la clientèle. Il s'agit d'une politique connue sous le nom « *push product* ». Avec les variations plutôt négatives subies par le secteur boursier ces dernières années, de plus en plus de clients doivent faire face à une perte de leur capital et se retournent contre la banque en arguant que celle-ci ne les a pas correctement conseillés, en leur vendant des produits inadaptés. Le scénario se place dans le cas où les clients regroupés attaquent la banque pour manquement à l'obligation de conseil et pour défaut aux règles de bonne conduite sur un produit d'épargne et placement complexe. Il prend en compte le droit positif modifié par la transposition de la directive européenne n° 2004 -39 du 21 avril 2004 concernant les marchés d'instruments financiers.

2. Cas avérés

776. Données internes et externes illustrant l'effet de masse. Notre scénario met en évidence le risque d'amplitude et donc implicitement un effet de masse résultant du grand nombre de clients concernés. A part l'hypothèse peu probable de l'existence des données internes, la banque doit appuyer son analyse de risque sur des données externes : jurisprudence judiciaire et administrative.

777. Affaire « Bénéfic ». Pour avoir un ordre de grandeur, on peut se référer à la célèbre affaire « Bénéfic » qui est intervenue avant la transposition de la directive européenne MIF / MIFID. Même si les circonstances ne sont pas identiques à celles de notre scénario, il faut rappeler que dans cette affaire, près de 300 000 épargnants, dont de nombreuses personnes âgées et de clients profanes, ont été incités par des conseillers financiers de La Poste¹⁴⁰⁹ à

¹⁴⁰⁹ La banque postale a vu le jour le 1er janvier 2006. Selon la loi bancaire du 24 janvier 1984 La Poste n'était pas un établissement de crédit, mais pouvait proposer des services financiers. En 2005 le législateur a remédié à cette situation et en application de nouveau art. L. 518-25 du code monétaire et financier, « dans les domaines bancaire, financier et des assurances, La Poste propose des produits et services au plus grand nombre, notamment le livret A. À cette fin [...], La Poste crée, dans les conditions définies par la législation applicable, toute filiale ayant le statut d'établissement de crédit, d'entreprise

souscrire à un fond commun de placement intitulé « Bénéfic » et ils ont subi une perte en capital qui a atteint entre 12 % et 35 %. Saisi par de nombreux pourvois, la Cour de Cassation a jugé en 2006 que la responsabilité de la banque ne pouvait être engagée dès lors que la notice d'information précisait qu'il s'agissait d'un placement boursier nécessairement soumis aux aléas du marché, que le capital n'est garanti que dans certaines conditions, et que le risque de perte en capital y était explicitement mentionné¹⁴¹⁰.

778. Affaire « Doubl'ô » et « Doubl'ô Monde ». Une autre affaire récente qui a concerné un grand nombre de clients est la commercialisation par les Caisses d'épargne à partir de l'été 2001 des fonds de placements « Doubl'ô » et « Doubl'ô Monde » qui promettaient le doublement de la mise de départ au bout de 6 ans. A l'échéance, les épargnants ont récupéré une somme inférieure au capital investi car réduit du montant des droits d'entrée et des frais de gestion. Dès 2008, l'AMF a ouvert des procédures de contrôle portant sur le respect des « obligations professionnelles, notamment en matière de commercialisation des fonds de placement ». Le collège de l'AMF après avoir examiné le rapport de contrôle a saisi la Commission des sanctions de l'AMF pour ouvrir une procédure à l'encontre des banques, sollicitant 1,5 million d'euros d'amende contre Natixis Asset Management (société de gestion du groupe Banque populaire Caisse d'épargne) et 4,9 millions d'euros contre quatre Caisses d'épargne régionales (Île-de-France, Provence-Alpes-Corse, Normandie et Loire-Drôme-Ardèche)¹⁴¹¹. La Commission des sanctions de l'AMF a cependant écarté toute sanction à l'encontre de ces établissements en estimant que les faits étaient prescrits, remontant à plus de trois ans. Cette affaire illustre à la fois l'effet de masse (plus de 240 000 épargnants ont souscrit à ce fond de placement, en investissant dans ces produits plus de 2 milliards d'euros entre juillet 2001 et avril 2002) et la problématique de la complexité du risque juridique qui

d'investissement ou d'entreprise d'assurance et prend directement ou indirectement toute participation dans de tels établissements ou entreprises. Elle peut conclure avec ces établissements ou entreprises toute convention en vue d'offrir, en leur nom et pour leur compte et dans le respect des règles de concurrence, toute prestation concourant à la réalisation de leur objet », y compris des prestations relatives aux opérations de banque, aux opérations de banque connexes et aux services d'investissement et leurs services connexes.

¹⁴¹⁰ Cass. com. 19 sept. 2006, 5 arrêts, *D.* 2006. AJ 2395, obs. X. DELPECH; *JCP E* 2007. 111, note A. GOURIO

¹⁴¹¹ Les faits reprochés par le collège de l'AMF sont énumérés dans la décision rendue par la Commission des sanctions le 19 avril 2012 : « Plus précisément, selon les notifications de griefs :

- le message des affiches et affichettes présentait « uniquement une évolution particulièrement favorable avec la typographie « x2 » du doublement du capital et la phrase « doublez* votre capital en toute sérénité » ; - à la suite de cette phrase, l'astérisque se bornait à renvoyer « aux conditions figurant dans la notice », ce renvoi étant libellé en tous petits caractères ; - les affiches et affichettes « ne mentionnaient pas les conséquences d'une baisse d'au moins 40% de l'une des 12 actions constituant le panier (...) ces documents ne mentionnaient pas les caractéristiques les moins favorables des produits et (...) l'existence d'un risque de ne recevoir à l'échéance que le montant du capital investi » ; - le dépliant comportait, dans le paragraphe intitulé « performant », la phrase « quelle que soit l'évolution du panier d'actions Doubl'Ô Monde vous garantit la meilleure rémunération entre le doublement de votre capital et 100% de l'évolution des 12 valeurs sélectionnées* », avec en astérisque, en contradiction avec la phrase citée : « si aucune d'entre elles n'a enregistré une baisse de 40% (...) ».

peut réunir plusieurs aspects, tels que la publicité trompeuse et le défaut de conseil associé à une commercialisation inadaptée¹⁴¹².

3. Causes

779. Diversité des causes internes. Les causes d'une action contre la banque pour défaut de conseil sont multiples. Parmi les causes du risque juridique entraîné par un défaut de conseil figure en premier lieu une campagne insuffisamment ciblée qui conduit à vendre le produit à des clients pour lesquels le produit n'avait pas été conçu. De surcroît, ce type de commercialisation est accompagné d'un manque de diagnostic des besoins, des attentes et de l'appétence de risque des clients. Le plus souvent le risque juridique est imputable à la négligence, voire à l'incompétence des vendeurs qui réagissent à des incitations fortes à réaliser le volume des ventes exigées. Cette forme d'incitation est faite par le biais des commissions calculées en fonction du volume ou par la fixation des objectifs quantitatifs très ambitieux.

4. Conséquences

780. Du déjà-vu. Présenter les conséquences du non-respect de chacune des obligations, c'est prendre le risque de se répéter, car la méthodologie du *risk management* est la même indépendamment du sujet. Cependant, cette approche permet au lecteur d'avoir pour chacune des trois obligations une image complète des stratégies d'analyse des risques.

781. Conséquences potentiellement très lourdes. Quelles qu'en soient les causes, le défaut de conseil peut avoir des conséquences négatives pour la banque engendrant des pertes financières et un risque d'image très difficile à quantifier, mais qui se concrétise à long terme par une perte de clientèle ou tout simplement par une perte de confiance. Pour la quantification des conséquences chaque banque devra prendre en compte le nombre de clients réclamants, le montant moyen du placement et le montant moyen de perte pour un tel scénario. Dans le cas de l'affaire Bénéfic il y a eu près de 300 000 clients et dans l'affaire

¹⁴¹² Sources : Décision de la commission des sanctions d'AMF, du 19 avril 2012, à l'égard de la Caisse d'épargne et de Prévoyance Ile de France, la Caisse d'épargne et de Prévoyance Normandie, la Caisse d'épargne et de Prévoyance Provence Alpes corse, la Caisse d'épargne et de Prévoyance Loire Drome Ardèche, et la société x venant aux droits de la société Ecureuil Gestion ; Voir aussi : « L'AMF forme un recours dans l'affaire Doubl'ô », Les Echos, n° 21175 du 27 avril 2012, p. 36, http://www.lesechos.fr/27/04/2012/LesEchos/21175-163-ECH_l-amf-forme-un-recours-dans-l-affaire-doubl-o.htm (page consulté le 23 juin 2012)

Double un peu plus de 240 000 clients. Dans l'hypothèse d'une action de groupe, le coût final du risque juridique peut s'avérer très fort.

782. Diversité des coûts. Etant donné que la faute de la banque dans notre scénario peut être sanctionnée sur le terrain contractuel et sur le terrain disciplinaire, dans le calcul des conséquences la banque devra prendre en compte le coût engendré par le traitement des réclamations présentant un risque juridique (temps supplémentaire évalué par les experts de la banque), les coûts juridiques (les frais d'une procédure judiciaire, y compris la rémunération des avocats et les frais de justice), le remboursement total ou partiel de la moins-value enregistrée par le client et les sanctions pécuniaires imposées par les autorités de tutelle¹⁴¹³.

783. Arbre d'événements. Le scénario envisage que la grande majorité se regroupe pour mettre en cause la banque devant la justice, sans perdre de vue les clients qui acceptent un règlement amiable. Comme d'habitude, les différents cheminements possibles peuvent être modélisés dans un arbre d'événements qui permettra aux analystes de risques d'attribuer des probabilités de passage d'une branche à l'autre.

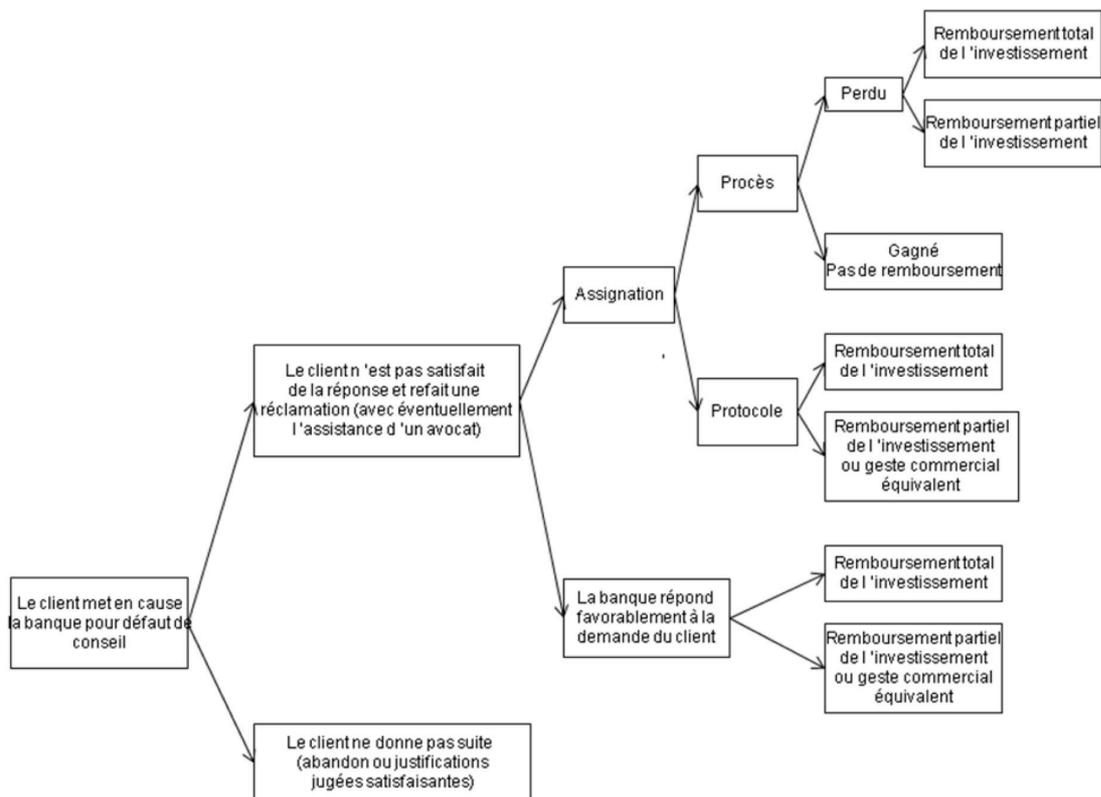


Figure n° 16 : Arbre d'événements pour défaut de conseil (risque d'amplitude)

¹⁴¹³ Sur le durcissement des sanctions prononcées par l'AMF voir TH. GONTARD, E. BOILLOT, V. TSE, « Les évolutions récentes de la procédure devant la Commission des sanctions de l'AMF » *Banque & Droit* - hors série - décembre 2012.

5. Contrôles

784. Conformité et Affaires Juridiques. A l'instar des autres risques juridiques similaires, les contrôles reviendront à la charge de la fonction « Conformité » qui est censée veiller au respect des bonnes pratiques de commercialisation et à la primauté de l'intérêt du client. La fonction « Juridique », ainsi que la Conformité devraient être impliquées dans les procédures de validation de nouveaux produits conformément aux procédures internes. La formation et l'information des collaborateurs sur les règles de bonne conduite dans la vente des produits et services d'investissement bancaires devraient viser l'identification du profil type de l'investisseur et la compréhension des produits vendus lorsqu'ils sont complexes.

6. Stratégie/Propositions

785. Prudence dans la commercialisation. L'analyse de ce risque opérationnel de nature juridique a souligné la nécessité de transparence en matière de communication, information et conseil vis-à-vis du client, ainsi que l'importance de la traçabilité et de la justification des diverses opérations de placement. Le scénario montre que la probabilité d'un incident majeur résultant des actions de groupe est importante et vise notamment les périodes de création et de commercialisation des produits bancaires d'investissement proposés aux clients. L'impact de la loi en préparation sur les actions de groupe, ainsi que la proposition de modification de la directive MIF devront être considéré par les banques afin de mettre en place des contrôles plus rigoureux des règles de bonne conduite en matière de commercialisation des produits d'investissement.

CONCLUSION DU CHAPITRE I

Pour conclure, trois points doivent, selon nous, être soulignés: l'autonomie de chacune des trois obligations présentées, la nécessité de systématiser le droit positif en matière d'obligations d'information et la complexité des risques juridiques qui leurs sont attachés.

I. Obligations autonomes et singulières

786. Trois obligations distinctes. En premier lieu, pour une meilleure systématisation de la responsabilité du banquier et implicitement pour une meilleure gestion des risques juridiques bancaires, il est nécessaire de faire une distinction fondamentale entre les obligations d'information, de mise en garde et de conseil. Il faut noter que d'un point de vue terminologique, la jurisprudence et la doctrine entretiennent une certaine confusion entre les notions d'obligation de « conseil », de « mise en garde » ou « d'information » à la charge des banquiers. Il arrive par exemple qu'on fasse référence à la notion imprécise de manquement à une obligation « d'information et de conseil ». Or, les obligations de conseil, d'information et de mise en garde ne doivent pas être confondues et ce d'autant plus qu'elles ont des champs d'application et des conditions d'existence différents.

787. Information. De manière générale, et quelles que soient les relations contractuelles qui les unissent, un banquier doit à ses clients qui ignorent légitimement des informations relatives aux produits et services qu'on leur propose une obligation générale d'information issue du droit commun des contrats et confirmée par diverses dispositions de droit spécial. Elle se traduit dans la fourniture des renseignements complets, neutres et objectifs sur les produits et services proposés.

788. Mise en garde. En matière d'octroi du crédit, ainsi que de placements financiers spéculatifs, lorsque l'opération (de crédit ou financière) envisagée présente des risques particuliers face à un client non-averti, le banquier est tenu à une obligation de mise en garde, consistant à alerter expressément son client des risques encourus.

789. Conseil. Enfin, l'obligation de conseil constitue le niveau d'exigence le plus élevé qui incombe au banquier en la matière. Dans le cas particulier où un contrat de conseil a été mis en place ou dans l'hypothèse d'une vente conseillée, même en l'absence d'un contrat de gestion assistée, le banquier prestataire de services d'investissement est alors débiteur d'une obligation de conseil envers son client. Il est tenu de lui fournir une recommandation personnalisée adaptée à ses besoins. A cet effet il doit procéder à une évaluation de la situation financière, de la connaissance, de l'expérience et des objectifs poursuivis par le client non-professionnels. Pour les « clients professionnels », les critères de situation financière, de connaissance et d'expérience étant présumés remplis, le test d'adéquation ne devra porter que sur les objectifs d'investissements. Les contours de l'obligation de conseil ne

sont pas définitivement fixés. Ils ont été tracés dans un premier temps par la jurisprudence et ensuite par le législateur européen.

790. Origines et construction similaires. En ce qui concerne les origines de ces trois obligations, nous avons observé qu'elles trouvent d'abord leur source dans la jurisprudence, puis dans des dispositions législatives et réglementaires, européennes et nationales, de plus en plus abondantes. Ce constat met en évidence l'importance de l'œuvre prétorienne, qui en se fondant sur la théorie générale des obligations réussit à anticiper l'évolution ultérieure des autres branches du droit spécial.

791. Segmentation des clients. Ces sources jurisprudentielles puis réglementaires ont notamment imposé la prise en compte de la qualité de chaque client, en demandant un effort d'adaptation de la part du banquier qui doit mettre en place des outils aptes à identifier le profil de son client. La jurisprudence a ainsi considéré que le banquier devait être plus vigilant lorsque son client est « profane » ou « non averti » que lorsque celui-ci est « averti » des risques découlant de l'opération envisagée. En matière de marchés financiers, les notions jurisprudentielles de client « averti » ou « non averti » sont aujourd'hui complétées par des concepts issus de l'ordonnance du 1er novembre 2007, qui transpose en droit français la directive européenne relative aux marchés d'instruments financiers. Le banquier prestataire de services d'investissement doit désormais classer ses clients en « client non professionnel », « client professionnel » et « contrepartie éligible ». Cette classification détermine ensuite la teneur des obligations du banquier à l'égard de son client en termes de conseil, de mise en garde ou d'information.

792. Preuve et responsabilité. L'analyse des trois obligations a mis en exergue les similitudes à la fois en matière de charge de la preuve et de responsabilité. La jurisprudence française n'hésite pas à uniformiser l'application d'un même fondement de responsabilité pour les trois obligations, soit l'article 1147 du Code civil.

793. Droits français et belge. Ce chapitre a par ailleurs mis au jour les fortes ressemblances entre la jurisprudence et la doctrine françaises et belges en la matière. Il convient cependant de souligner que la jurisprudence et la doctrine belges, sur le fondement du droit commun des contrats, ont retenu une solution différente en matière de charge de la preuve, plus sévère à l'égard des clients. En matière de responsabilité, les juges belges ont tendance à appliquer les règles de la responsabilité délictuelle et une évaluation objective du préjudice, sans passer systématiquement par le concept de la perte de chance.

794. Pyramide informationnelle. Nous constatons ainsi que la création prétorienne enrichie par l'activité législative et réglementaire a conduit à la mise en place d'une véritable pyramide informationnelle où chaque obligation représente un étage qui correspond à un degré plus élevé d'exigence de la part du banquier à l'égard de ses clients.

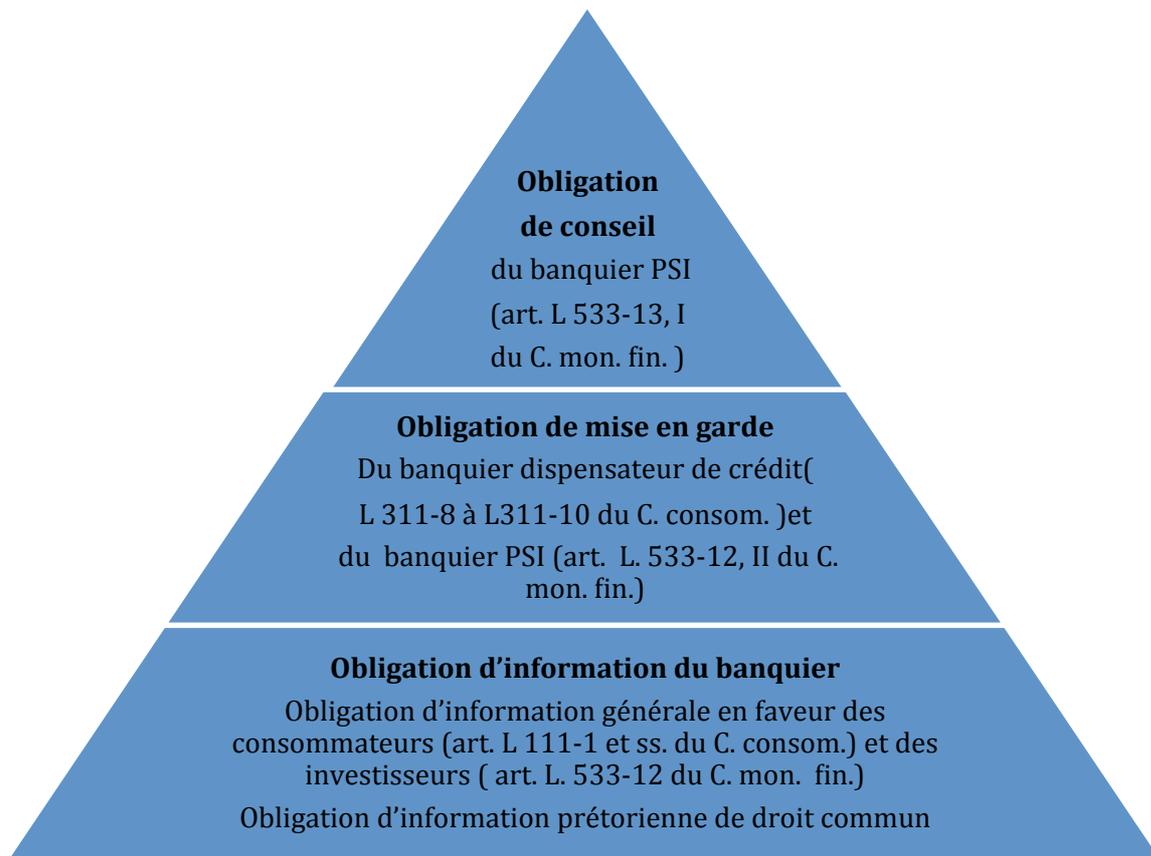


Figure n° 17 : Pyramide des obligations du banquier

Cependant, la matière souffre d'un manque de cohérence et de clarté, surtout en matière d'obligation d'information.

II. Nécessité de systématiser le droit positif

795. Introduction d'une obligation d'information précontractuelle dans le Code Civil. La consécration d'une obligation d'information précontractuelle de droit commun permettra de sécuriser juridiquement la situation des clients bancaires. En effet, dès lors que la notion de consommateurs ne leur est pas associée, le juge, pour les protéger, doit recourir à une superposition des justifications, associant le plus souvent les vices du consentement, le principe de bonne foi, voire des dispositions législatives spéciales. L'introduction d'une obligation d'information au stade précontractuel dans le Code civil pourra limiter ce chevauchement de bases légales.

796. Généralisation de l'obligation précontractuelle d'information à l'égard de toute la clientèle de détail du banquier. Si l'obligation précontractuelle d'information construite sur le fondement du droit commun des contrats doit avoir nécessairement un caractère limité, en droit bancaire une telle limitation doit être nuancée. Tout d'abord du point de vue strictement juridique les contrats de droit bancaire se distinguent des contrats de droit commun, s'agissant

le plus souvent des contrats d'adhésion, opposant un professionnel à d'autres parties contractantes qui dans la quasi-majorité des cas n'ont aucune expertise dans le domaine bancaire. Par conséquent, la notion de bon père de famille qui doit se renseigner avant de contracter se trouve en réalité en grande partie dépourvue de sens. L'inégalité des parties est monnaie courante dans les contrats bancaires. S'il ne serait pas opportun d'étendre le statut du consommateur à toute la clientèle de détail du banquier, il serait en revanche utile de généraliser, voire d'uniformiser (tant qu'il est possible) l'information précontractuelle fournie par le banquier. Mais précisons d'abord ce qu'on comprend par clientèle de détail. Par ce vocable nous entendons les clients personnes physiques qui agissent à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de leur activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale, qui sont des consommateurs au sens de la directive 2011/83/UE, ainsi que les personnes morales ou physiques qui ne sont pas des consommateurs au sens de ladite directive, comme les organisations non gouvernementales, les jeunes entreprises ou les petites et moyennes entreprises qui ne bénéficient pas le plus souvent d'une direction juridique apte à les conseiller. Notre proposition se fonde sur plusieurs éléments qui traduisent les tendances actuelles en matière de protection des consommateurs et des investisseurs. Ainsi, il faut rappeler que le législateur européen permet aux Etats membres d'étendre l'application des règles de la directive 2011/83 aux personnes morales ou physiques qui ne sont pas des «consommateurs», indiquant à titre d'exemple justement les organisations non gouvernementales, les jeunes entreprises et les PME. Ensuite, il convient de souligner qu'en vertu de la directive européenne relative aux marchés d'instruments financiers, les clients de détails ou non-professionnels sont ceux qui bénéficient de la plus grande protection. Or, ils sont définis comme étant ceux qui n'entrent ni dans la catégorie des clients professionnels qui comprend notamment les grandes entreprises et ni dans la catégorie des contreparties éligibles qui inclut notamment les établissements de crédit, les compagnies d'assurance et les fonds de retraite. Par conséquent, le législateur européen considère la protection des petites et moyennes entreprises comme étant compatible avec le bon fonctionnement du marché. Dans cette perspective, la proposition d'étendre l'obligation d'information précontractuelle du banquier à l'égard de toute sa clientèle de détail est en parfaite cohérence avec le droit européen en vigueur à ce jour. Ensuite, il convient de reconnaître qu'une telle mesure simplifierait en effet la vie des opérationnels, diminuerait les coûts des banques, contribuerait à une meilleure maîtrise du risque juridique et donc implicitement déterminerait une économie en termes de fonds propres. L'incertitude sur l'étendue de l'application de l'obligation d'information précontractuelle, ainsi que le manque de prédictibilité généré par l'approche casuistique de la qualité des parties ne peuvent pas être bénéfiques en termes de gestion des risques juridiques. Il s'agit non seulement de favoriser le bon fonctionnement du marché, mais également de simplifier la gestion des contrats bancaires et des risques juridiques qui leur sont associés. Rappelons qu'à ce jour une grande proportion de la clientèle particulière du banquier entre dans la catégorie des consommateurs. Or, imposer un traitement différencié des contrats bancaires, en fonction de la qualité avérée de ceux qui n'entreraient pas sous la protection instaurée par le Code de la consommation n'est pas de nature à faciliter le traitement du risque juridique, ni d'apporter des gains en termes de compétitivité. En définitive, l'uniformisation et la généralisation de l'obligation d'information précontractuelle entraînerait la diminution des coûts de traitement des dossiers, étant un facteur apte à faciliter

le traitement de masse des opérations bancaires et l'administration de la preuve, se traduisant donc dans une diminution du risque juridique d'une banque.

797. Anticiper l'évolution de la matière. De surcroît, il convient de souligner que l'obligation *précontractuelle* d'information du banquier pourrait être, à terme, d'application générale. Son triple fondement - bonne foi, utilité économique et sociale - justifierait en effet une telle évolution. En outre, le bon fonctionnement du marché ne s'oppose pas à ce que l'ensemble de la clientèle, professionnelle et non-professionnelle, reçoive les informations utiles à la conclusion d'un contrat. Dans ce contexte, il s'avère particulièrement important de prendre en compte le fait que la proposition de la Commission européenne¹⁴¹⁴, présentée en octobre 2011, visant la modification de la directive sur les marchés d'instruments financiers souhaite imposer aux prestataires de services d'investissement l'obligation d'agir d'une manière honnête, équitable et professionnelle à l'égard de tous les clients, indépendamment de la catégorie à laquelle ils appartiennent (professionnels, contrepartie éligibles ou non-professionnels). Or, informer ses clients s'inscrit sans aucun doute dans le large concept de « manière honnête, équitable et professionnelle ».

798. Systématisation des obligations contractuelles d'information. Nous souscrivons aux propositions de la doctrine en matière d'uniformisation des obligations d'information à l'égard des cautions pour des raisons de sécurité juridique et de maîtrise des risques.

III. Diversité et importance des risques juridiques

799. Diversité des risques et nécessité d'une cartographie. Nous avons analysé les risques juridiques attachés aux obligations d'information, de mise en garde et de conseil du banquier à l'égard de sa clientèle particulière à l'aune de la théorie du *risk management*. C'est ce qui nous a permis d'établir un lien entre la théorie juridique et économique. Cette dernière nous a fourni une grille d'analyse qui a mis en évidence les causes des risques juridiques bancaires et leurs éventuelles conséquences. Nous avons vu que le chevauchement du droit commun des contrats avec le droit spécial et les multiples facettes de la responsabilité bancaire en matière d'obligations d'information, de mise en garde et de conseil sont susceptibles d'augmenter le risque juridique d'une banque. Cette observation a confirmé qu'une distinction nette entre ces trois obligations est bénéfique à une meilleure gestion du risque opérationnel de nature juridique.

Nous avons également illustré des risques juridiques de fréquence et des risques d'amplitude ou extrêmes, en reprenant les concepts clefs de la gestion des risques (*legal risk*

¹⁴¹⁴ COM (2011) 656 du 20 octobre 2011 concernant la proposition de directive européenne concernant les marchés d'instruments financiers, abrogeant la directive 2004/39/CE du Parlement européen et du Conseil (refonte) et COM (2011) 652 du 20 octobre 2010 concernant la proposition du règlement européen relative aux marchés d'instruments financiers et modifiant le règlement EMIR sur les produits dérivés négociés de gré à gré, les contreparties centrales et les référentiels centraux.

management). Ainsi nous avons vu que les risques juridiques liés aux obligations d'information, de mise en garde et de conseil du banquier envers ses clients personnes physiques sont nombreux et il revient à chaque banque d'en faire une cartographie rigoureuse qui doit prendre en compte les risques fréquents et les risques d'amplitude.

Nous allons voir maintenant les techniques de traitement et gestion des risques opérationnels juridiques (Chapitre II).

Chapitre II

Traitement et gestion des risques opérationnels juridiques

800. Traitement et gestion. Une fois cartographiés et évalués, les risques juridiques pourront être « traités », maîtrisés et suivis. C'est en effet la finalité des deux dernières étapes de la gestion des risques.

801. Annonce du plan. Le traitement des risques se fait en principe par la mise en place de moyens d'atténuation de risques, qui en matière juridique se concrétisent le plus souvent à travers des politiques de contrôle adéquates, une politique contractuelle innovante et une organisation efficace de la fonction juridique (Section I). En ce qui concerne la gestion, elle consiste dans le suivi permanent des informations remontées par les filières métiers, la création et la mise à jour constante des procédures internes en vue de maîtriser le niveau du risque juridique (Section II).

Section I : Traitement des risques juridiques

802. Diminuer la fréquence et la gravité. Pour maîtriser les risques juridiques, la banque doit mettre en œuvre des dispositifs de protection et de prévention, qui constituent au final les éléments de traitement des risques. Ces mesures visent la diminution de la gravité des conséquences d'une part, en limitant ce que pourrait être l'impact notamment des litiges juridiques et la probabilité des incidents de nature juridique d'autre part, en mettant en place des mesures destinées à faire baisser leur fréquence. La réduction des risques est d'une certaine manière la raison d'être des juristes, et cela depuis toujours, et non pas seulement depuis l'essor du *risk management*. Certes, de nos jours, le travail d'atténuation des risques juridiques est en train de prendre de l'importance compte tenu tout d'abord de leur inclusion dans le calcul du capital réglementaire et ensuite de l'explosion du coût de ce type de risques (pertes financières, coût du procès, coût de main d'œuvre, risques d'image, etc.).

803. Méthodes. Parmi les méthodes qui concourent à la maîtrise des risques, nous pouvons rappeler les mesures de prévention et de protection. Les premières regroupent toutes les actions qui ont comme finalité de diminuer la fréquence du risque juridique. La prévention vise essentiellement les causes des risques. Les mesures de protection regroupent toutes les actions qui ont pour effet de diminuer la gravité du risque. La protection vise notamment les conséquences des risques juridiques.

§1. Dispositif de contrôle juridique

804. Contrôle et prévention. En matière des risques juridiques, le contrôle interne se présente comme un outil de prévention. Son amélioration entraînera par voie de conséquence une diminution de la probabilité de survenance des incidents juridiques. La finalité de contrôle juridique doit être de vérifier si les opérations et produits bancaires, notamment les contrats bancaires, les sûretés et autres garanties, sont conformes aux dispositions législatives et réglementaires en vigueur.

A. Types de contrôles

805. Typologie des contrôles. Les risques juridiques apparaissent dès que les opérationnels commencent à collecter la documentation juridique nécessaire pour conclure des opérations bancaires diverses et variées. Dans cette perspective, il est évident que le contrôle juridique doit s'exercer dès la phase précontractuelle. On l'appellera le contrôle *ex-ante*. Les risques juridiques peuvent également se concrétiser après la signature du contrat, lors de l'exécution des opérations bancaires. Dans cette hypothèse les vérifications juridiques doivent revêtir la forme du contrôle *ex-post*.

806. Contrôle *ex-ante*. Cette forme de contrôle s'attache au respect des formalités internes préalables à la conclusion du contrat ou à l'entrée en relation. Il s'agit d'une vérification minutieuse de toutes les conditions légales et internes propres à chaque établissement afin de diminuer au maximum les risques juridiques possibles ultérieurs. Ce contrôle vise principalement la qualité de la documentation requise pour l'entrée en relation tant avec les personnes privées qu'avec les personnes morales. Les juristes pourront contrôler eux-mêmes tous ces documents et cela n'est d'ailleurs pas leur rôle. Tout d'abord, les juristes élaborent les conventions, les conditions de vente et d'achat, les lettres qui accompagnent la phase précontractuelle. Ensuite, les juristes doivent fournir aux opérationnels des procédures, manuels, questionnaires, des grilles d'évaluations complétés avec des guides, fiches de contrôle et éventuellement des logiciels aptes à fournir toutes les conditions légales requises préalablement à la conclusion de toute opération bancaire envisageable. Ce type de contrôle permet d'identifier le risque juridique et d'apprécier son incidence sur la validité juridique du produit bancaire en question (par exemple d'apprécier la validité ou l'efficacité d'une garantie). Les procédures internes et les logiciels destinés à la phase précontractuelle permettront ainsi la vérification de l'intégralité de la documentation juridique d'un dossier (actes de cautionnement, procédures d'ouverture de compte, d'octroi de crédits assortis de garanties, loi Dailly, etc.). Les imperfections juridiques pourront être décelées et évaluées par l'opérationnel. Celui-ci pourra qualifier le niveau de risque juridique qui en découle.

807. Le contrôle juridique ex-post. Le contrôle qui porte sur l'exécution du contrat apparaît plus factuel. Il s'agit de vérifier le respect des prestations, des paiements, des changements dans le contrat, des avenants, etc. L'appréciation régulière de la qualité juridique des opérations bancaires constitue un élément fondamental dans la relation avec le client. Par conséquent, la maîtrise du risque juridique implique une réactivité permanente à tout fait nouveau pouvant affecter l'environnement juridique d'une relation. Enfin, la documentation juridique d'un dossier doit faire l'objet de contrôles approfondis à l'occasion de « temps forts » dans le déroulement de la relation.

B. Acteurs et responsabilités

808. Principes. Tant les contrôles *ex-ante* qu'*ex-post* sont exercés à plusieurs niveaux impliquant différents acteurs et répondent à deux principes fondamentaux : ils sont dans un premier temps de la responsabilité de celui qui effectue l'opération et ils couvrent toutes les phases de l'existence d'une opération bancaire.

809. Le premier responsable du contrôle juridique est l'opérationnel initiateur. La maîtrise du risque juridique doit intervenir en amont de l'opération au moyen de vérifications opérées par le chargé de clientèle. Le contrôle des risques juridiques est gouverné par un principe fondamental selon lequel le collaborateur qui effectue l'opération doit s'assurer de sa régularité eu égard aux instructions en vigueur émanant de la fonction juridique. Dans le cadre de ses relations commerciales avec son client, le chargé de clientèle est responsable de la collecte et de la qualité de la documentation juridique de son dossier. Pour cela, il bénéficie de l'appui des procédures et manuels juridiques, notamment pour effectuer l'audit de la qualité juridique, à l'occasion des préparations de visites et des renouvellements des dossiers. C'est en effet l'opérationnel qui contribue à faire progresser durablement et efficacement la maîtrise du risque juridique, en intégrant cette dimension dans sa démarche commerciale. Son action dans ce domaine est essentielle et elle doit être permanente. Il pourra accomplir cette tâche en s'informant régulièrement auprès de son client pour obtenir les données de mise à jour et en veillant, également, à la mise à jour des éléments d'identification du patrimoine de son client comme de celui de la caution. De même, c'est à lui de vérifier la capacité du client, les pouvoirs d'emprunt de l'emprunteur, en cas de mise en place d'un financement. Sa hiérarchie contrôlera notamment la qualité du diagnostic juridique et les juristes pourront leur apporter, si nécessaire, un appui juridique dans des dossiers complexes.

810. Le contrôle s'exerce tout au long de la vie d'une opération ou produit bancaire. La maîtrise du risque juridique doit aussi s'exercer dans la durée, au moyen de contrôles réguliers de la documentation des dossiers. Il s'agit alors de contrôles *ex-post* car ils interviennent après la phase d'entrée en relation ou de formation du contrat. Leur rôle est de vérifier *a posteriori* que les conditions de réalisation de l'opération sont satisfaisantes et conformes aux instructions définies.

811. Contrôle permanent et périodique. Le contrôle quel qu'il soit, *ex -ante* ou *ex -post*, s'exerce à deux niveaux. Au niveau opérationnel il s'agit d'un contrôle permanent, rattaché au métier/entité, qui implique premièrement les opérationnels (*le front office*) et ensuite la hiérarchie opérationnelle. Au niveau de la fonction juridique, voire de l'audit interne dans le cadre du contrôle interne de la banque, il est périodique étant exercé selon une fréquence décidée à l'avance.

§2. Actions spécifiques de la prévention/protection en matière de risques juridiques

Nous faisons remarquer que le recours au droit constitue en soi un outil de traitement du risque en général. Mais la question ici est de savoir quels sont les éléments qui vont atténuer le risque juridique d'un établissement de crédit. (A). Une fois identifiés, nous pourrions faire la distinction entre le risque brut et le risque net (B).

A. Les moyens d'atténuation du risque juridique

812. Moyens d'atténuations des risques juridiques. Le risque juridique peut être atténué en intervenant concomitamment sur les causes et les conséquences et dans ce contexte la formation et la sensibilisation des collaborateurs, ainsi que la sécurisation des opérations contractuelles et des produits bancaires, jouent un rôle essentiel.

3. Utilité d'une sensibilisation constante des collaborateurs

813. Formation et sensibilisation des collaborateurs. Dans l'intérêt de protéger au mieux les intérêts de la banque, les juristes doivent sensibiliser les collaborateurs en matière de risque juridique. Cela fait partie des moyens classiques de prévention de tous les risques en général, et du risque juridique en particulier. Cette action de formation et sensibilisation est d'autant plus légitime car, comme nous l'avons montré, le contrôle du risque juridique repose tout d'abord sur des collaborateurs du *front office* qui dans leur grande majorité sont des commerciaux. De surcroît, les juristes, en accomplissant cette mission, protègent la banque contre des sanctions disciplinaires dans l'éventualité d'un contrôle de la part des autorités de tutelle.

814. Exemple. A titre d'exemple, une action de sensibilisation s'avère extrêmement utile en matière de secret bancaire. En effet, dans l'hypothèse d'une action pénale contre la personne morale pour violation du secret bancaire commise par un collaborateur, les efforts de l'établissement de crédit portant sur le rappel, la sensibilisation et la formation de ses salariés en la matière peuvent avoir un effet atténuant sur la responsabilité de la personne morale. A ce titre, la fonction juridique peut créer un support d'information sur le respect de secret

bancaire afin de le transmettre à l'ensemble des salariés, tout en veillant de garder une preuve qu'ils en ont été informés. Il conviendra de prévoir également l'information préalable des nouveaux embauchés.

4. *L'utilité d'une veille juridique constante*

815. Veille juridique et mise à jour constante. La prolifération de la réglementation bancaire, nationale et européenne, tout comme l'évolution constante de la jurisprudence législative et disciplinaire font que la veille juridique est l'instrument le plus à même d'atténuer la sévérité et la probabilité des risques juridiques. La veille juridique doit s'accompagner d'une mise à jour en temps réel des procédures en interne et d'une obligation de diffusion auprès des autres salariés.

5. *La sécurisation du cadre contractuel*

816. Sécurisation et adaptation du cadre contractuel. La sécurisation de l'entrée en relation, de la négociation et de la rédaction contractuelle, tout comme une gestion contractuelle rigoureuse apte d'assurer la traçabilité, la preuve et l'adaptation à l'évolution des circonstances tout au long de la vie d'un contrat, constituent des moyens essentiels de prévention et protection en matière de risques juridiques¹⁴¹⁵. La maîtrise des risques passe nécessairement par une réflexion approfondie sur les besoins de la banque et des clients. Le contrat doit s'adapter à toutes les subtilités de la technique bancaire, tout en prenant en compte la dimension technique (banque en ligne, produits financiers complexes, prêts, etc.), économique et juridique (clauses financières adaptées aux contraintes législatives et réglementaires et aux intérêts de la banque et des consommateurs, entreprises, clients profanes ou initiés). Le contrat devrait anticiper l'évolution de la relation contractuelle. C'est justement le rôle essentiel des différentes clauses contractuelles qui constituent un outil de prévention et protection. Il est ainsi possible de stipuler des clauses de limitation de responsabilité civile et d'adapter la responsabilité civile (un montant forfaitaire limité, pourcentage du montant du contrat, selon la nature du risque encouru, etc.)

a) L'entrée en relation

817. Dès l'entrée en relation. Le risque juridique peut être maîtrisé si les juristes veillent à mettre en place des procédures rigoureuses expliquant aux opérationnels les règles à respecter lors de l'entrée en relation¹⁴¹⁶. Les obligations du banquier en matière d'ouverture du compte

¹⁴¹⁵ C. VERET, R. MEKOUAR, *Fonction : Risk manager*, Dunod, 2005, pp. 159-169.

¹⁴¹⁶ A titre d'exemple : Préalablement à l'ouverture d'un compte, la banque a l'obligation légale de vérifier l'existence de la société (*dénomination, forme juridique, siège social*) et de s'assurer de la capacité et des

et de fonctionnement des comptes étant nombreuses¹⁴¹⁷, l'entrée en relation est un temps fort dans le déroulement de la relation entre la banque et son client. Outre le recueil des spécimens de signature et des procurations, ainsi que la remise d'un exemplaire de la convention de compte qui définit notamment les conditions relatives au fonctionnement du compte courant, l'entrée en relation doit constituer un moment privilégié pour la détermination du cadre juridique des règles régissant les opérations que la banque et le client vont traiter ensemble. Cette détermination est effectuée au moyen des documents spécifiques dont le recueil est impératif sur le plan juridique, puisque souvent de nature à dégager la responsabilité de la banque l'égard des tiers.

I. L'indiscutable utilité de la connaissance du profil du client

818. Connaître son client ou le principe *know your customer*¹⁴¹⁸. Les banques ont l'obligation légale de bien identifier le profil de leurs clients. Mettre en place une procédure homogène, simple et cohérente en matière de connaissance du client sous forme d'une fiche ou d'un questionnaire s'avère être un instrument utile dans l'atténuation du risque juridique, compte tenu notamment de l'évolution de la jurisprudence en matière bancaire qui opère une distinction devenue désormais classique entre les clients profanes et les clients initiés. Le questionnaire portant sur le profil du client est un document important qui rassemble les données recueillies par la banque sur les connaissances du client en matière financière, son expérience dans le domaine, ses objectifs, ses attentes, et sa situation patrimoniale actuelle¹⁴¹⁹. En cas de litige avec les clients le banquier pourra toujours se défendre en apportant la preuve qu'il a déployé tous les moyens nécessaires afin de commercialiser des produits adaptés à sa clientèle.

pouvoirs des personnes qui agissent en son nom (cf. art. 33 du décret n° 92-456 du 22 mai 1992, de l'art. 12 de la loi n° 90-614 du 12 juillet 1990 et de l'art. 3 du décret n° 91-160 du 13 février 1991). Faute de remplir ces obligations impératives, le banquier, aux termes de ces dispositions légales, verrait sa responsabilité engagée et s'exposerait à de graves préjudices. Ces obligations ont été renforcées par la loi relative à la participation des organismes financiers à la lutte contre le blanchiment des capitaux provenant du trafic des stupéfiants ou de l'activité d'organisations criminelles.

¹⁴¹⁷ Obligation légale de vérification pour les personnes morales de l'existence des statuts certifiés conforme et d'un exemplaire original de l'immatriculation au Registre du Commerce et des Sociétés (extrait Kbis) ; obligation légale de vérification de l'absence d'interdiction bancaire et judiciaire du titulaire du compte, ainsi que de son ou ses mandataires à titre légal et, le cas échéant, à titre conventionnel (par voie de procuration) ; obligation légale de vérification de la capacité et des pouvoirs des mandataires sociaux d'une société.

¹⁴¹⁸ Il s'agit en effet d'un véritable nouveau concept applicable en matière bancaire et financière, importé du monde anglo-saxon sous la vocable : « *Know your customer* » ; Voir M. ROUSSILLE, « La commercialisation d'instruments financiers », *BJB* 2014, n° 3, p. 159 ; ACP, Recommandation sur le recueil des informations relatives à la connaissance du client dans le cadre du devoir de conseil en assurance vie, recommandation 2013-R-01 du 8 janvier 2013 ; P.-G. MARLY, « L'Autorité de contrôle prudentiel (ACP) juge perfectible l'exécution du devoir de conseil. Note sous Autorité de contrôle prudentiel, Recommandation sur le recueil des informations relatives à la connaissance du client dans le cadre du devoir de conseil en assurance vie, recommandation 2013-R-01 du 8 janvier 2013, *JCP E* 2013, Chronique "Droit des assurances" comm. 1497.

¹⁴¹⁹ Les informations à obtenir sur les connaissances du client et sur son expérience en la matière, sur ses objectifs et son profil du risque sont imposées par la réglementation européenne : art. 19 paragraphe 5 et 6 de la directive MIFID, art. 37 de la directive 2006/73 applicable également dans les services de gestion et de conseil.

II. Utilité mitigée des clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité

819. Clauses limitatives et exonératoires de responsabilité. Le banquier peut être déchargé de son obligation de réparer le préjudice subi par son client en raison d'un défaut d'information, de mise en garde ou de conseil s'il arrive à démontrer qu'il bénéficie d'une cause d'exonération. La source de l'exonération de la banque peut consister dans une clause évasive ou limitative de responsabilité insérée dans le contrat. Cependant, bien souvent rien n'a été stipulé ou la clause ne peut être utilement invoquée. Dans cette hypothèse, le banquier pourrait essayer de mettre en évidence une cause étrangère exonératoire.

820. Principe : validité et liberté contractuelle. Aux termes de l'article 1165 du Code civil, une clause limitative ou exonératoire de responsabilité est opposable au client, si elle figure dans le document précontractuel, les conditions générales ou le contrat. Le fondement de la validité de ce type de clauses se trouve dans le principe de la liberté contractuelle consacré par le droit civil. Il est possible d'envisager des clauses qui peuvent modifier le contenu des obligations d'information en délimitant leur objet, leurs modalités ou leur intensité¹⁴²⁰.

821. Exceptions nombreuses. Cependant, il faut signaler qu'il y a plusieurs exceptions en la matière. Tout d'abord, ces clauses sont réputées non écrites s'il y a une disposition légale prohibant expressément de telles clauses¹⁴²¹. Ensuite, en application de l'article 1131 du Code civil, les contractants ne peuvent porter atteinte à l'essence même du contrat à travers son obligation fondamentale sous peine de priver ce dernier de sa cause. Enfin, l'article L. 132-1 du Code de la consommation interdit expressément les clauses abusives, or souvent les clauses exonératoires ou limitatives de responsabilité ont pour « *pour objet ou pour effet de créer, au détriment du non-professionnel ou du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et les obligations des parties au contrat*¹⁴²² ». C'est le cas notamment de celle qui stipulerait qu'en cas d'inexécution par le banquier d'une de ses obligations d'information, de mise en garde ou de conseil, il ne sera tenu à aucune réparation. Cependant, une telle clause sera dans certains cas être considérée comme abusive, lorsque le client peut être qualifié de consommateur. Certaines clauses limitent la responsabilité du banquier en cas d'inexécution partielle ou de retard dans l'exécution de ses obligations. D'autres clauses peuvent concerner le montant de la réparation, en instaurant un plafond au droit à indemnité du client, mais le principal inconvénient réside dans le fait que, le plus souvent, il y a une

¹⁴²⁰ Par exemple, il est possible d'aménager les modalités d'exécution de l'obligation d'information, conformément aux dispositions du Règlement général AMF, en choisissant la périodicité et les modes d'accès (écrit papier ou Internet).

¹⁴²¹ Si la réglementation des marchés financiers ne comporte aucune interdiction spécifique, il reste que l'on peut s'interroger sur la portée de certains textes. S'agissant de la validité des clauses des conventions de service excluant certaines obligations, elles trouvent leur limite dans l'existence d'une disposition légale et/ou réglementaire d'ordre public imposant lesdites obligations. Une telle obligation ne peut pas être exclue contractuellement.

¹⁴²²A l'heure actuelle, aucune décision de justice n'a déclaré de clause abusive en matière de services d'investissement, même si la question s'est déjà posée pour certaines d'entre elles.

disposition légale et/ou réglementaire d'ordre public imposant lesdites obligations qui empêche en effet son exclusion du champ contractuel.

822. Comportement du banquier – un facteur décisif. L'examen de la jurisprudence montre que l'utilité d'une clause exonératoire ou limitative, à supposer qu'elle soit valable, dépend du comportement du banquier. Ainsi, en cas d'une faute simple, les juges admettent en effet la validité des clauses relatives à la responsabilité. En revanche, ils n'acceptent de telles clauses si l'on impute à juste titre au banquier une faute dolosive¹⁴²³ ou lourde¹⁴²⁴.

823. Clauses pénales. Le banquier peut également utiliser les clauses pénales, mais leur efficacité dépend du pouvoir du juge qui, en application de l'article 1152 du Code civil, peut les modifier si elles sont manifestement excessives ou dérisoires en référence au préjudice réel.

824. Force majeure et exonération totale. L'article 1147 du Code civil mentionne la cause étrangère comme source d'exonération totale ou partielle de responsabilité, si elle réunit les caractéristiques de la force majeure, soit l'imprévisibilité et l'irrésistibilité. En matière de services d'investissement, il peut y avoir des événements susceptibles de constituer des cas de force majeure de nature à permettre l'exonération de responsabilité du banquier. Applicable en matière de défaut d'information, de mise en garde ou de conseil, une hypothèse d'école serait celle de la fermeture de la bourse consécutive à un krach boursier ou à une suspension des cotations¹⁴²⁵. Le banquier peut être totalement exonéré si l'événement présente les caractéristiques de la force majeure, à savoir s'il est irrésistible, imprévisible et extérieur.

825. Partage de responsabilité. Mais le plus souvent, l'événement invoqué comme cause étrangère ne présente pas les caractéristiques de la force majeure. Dans cette situation, le banquier peut bénéficier éventuellement d'un partage de responsabilité, selon qu'il s'agit d'un fait d'un tiers ou du client qui contribue à la réalisation du préjudice subi par le client. Ainsi, si le dommage a pour origine à la fois une faute du banquier et le fait d'un tiers, le client peut agir en réparation de son entier préjudice contre l'un ou l'autre co-responsable en application de la responsabilité *in solidum*. Ensuite, dans les rapports entre co-responsables, le banquier qui a dédommagé intégralement le client peut se retourner contre le tiers, ce qui conduira à un partage de responsabilités¹⁴²⁶. Cependant, il faut noter qu'en matière de marchés financiers, la transposition de la Directive MIF en droit national a restreint la possibilité réelle d'avoir un tel partage de responsabilité. En réalité, conformément à l'article L. 533-17, alinéa 1 du Code

¹⁴²³ La faute dolosive comprend l'intention de nuire, voire la conscience de causer un dommage. Dans le premier cas de figure, le banquier agirait sciemment au détriment de son client, comme par exemple dans le seul but d'accroître des commissions. Dans le second cas de figure, on peut citer l'exemple classique des conflits d'intérêts.

¹⁴²⁴ En ce qui concerne la faute lourde, elle suppose une faute d'une exceptionnelle gravité confinant au dol et dénotant l'inaptitude du débiteur de l'obligation à l'accomplissement de son obligation.

¹⁴²⁵ Dans les autres matières, on peut citer les cataclysmes naturels, des attentats, des pannes de réseau informatique, des grèves, voire la maladie du prestataire etc.

¹⁴²⁶ Par exemple, dans l'hypothèse d'un client qui a eu recours à un prestataire de services d'investissement teneur de compte et exécuteur d'ordres, ainsi qu'à un gestionnaire de portefeuille qui transmet les ordres au teneur de compte.

monétaire et financier, le prestataire qui transmet l'instruction demeure responsable de l'exhaustivité et de l'exactitude des informations transmises, ainsi que du caractère approprié des recommandations ou conseils fournis au client concerné. Il est aussi prévu que désormais le prestataire qui reçoit l'instruction ou l'ordre d'un client demeure responsable de la prestation du service ou de l'exécution de la transaction, sur la base des informations ou des recommandations données par l'autre prestataire.

826. Incidence de la faute du client. Le banquier pourra limiter sa responsabilité en prouvant que le client a commis une faute (l'imprudence ou la négligence de son client) ayant concouru à la réalisation du dommage. La Cour de cassation accepte en effet une réparation proportionnelle à la faute du banquier dans le préjudice subi par le client. C'est ce qui a été décidé par la Chambre commerciale le 12 février 2008 : « *qu'en l'état de ces constatations et énonciations faisant ressortir une résistance fautive de M. X... à l'origine de l'aggravation de la situation déficitaire de son compte, qui, ayant concouru, avec la faute des services de la banque, au préjudice subi, justifiait un partage de responsabilité, la cour d'appel a pu statuer comme elle a fait et a légalement justifié sa décision* »¹⁴²⁷.

*III. Utilité d'une bonne gestion des obligations légales et jurisprudentielles d'information, de mise en garde et de conseil*¹⁴²⁸

827. Moyen de défense. Si du premier abord elles paraissent extrêmement contraignantes pour le banquier, une fois qu'elles sont automatisées et intégrées dans la culture de l'établissement, l'accomplissement de ces obligations devient un moyen indiscutable de défense pour le banquier. Il est évident que les juristes, accompagnés des employés en charge de la conformité (« *compliance officers* ») ou des déontologues doivent veiller à ce que les supports d'information apportent des informations objectives, pertinentes et complètes, lisibles et compréhensibles, aptes à éclairer le consentement du client. Une veille juridique permanente, associée à une communication rapide avec les filières métiers permettra d'adapter les supports d'information ou de mise en garde avec les dernières évolutions législatives, réglementaires et jurisprudentielles.

¹⁴²⁷ Cass. com., 12 février 2008, pourvoi n° 06-21974, *Bull. civ IV*, n° 31.

¹⁴²⁸ Il faudra rappeler dans ce contexte que la directive MIF a mis la charge des entreprises d'investissement l'obligation de *best execution*, une obligation de meilleure exécution, c'est-à-dire d'agir d'une « manière honnête, équitable et professionnelle qui serve au mieux les intérêts des (...) clients » prévue à l'art. 19, paragraphe 1. L'obligation de meilleure exécution n'est pas une obligation de résultat. La banque doit faire preuve de la plus grande diligence possible pour obtenir le meilleur résultat pour le client. Pour décider quelle est la meilleure exécution possible, il faut examiner le prix qui peut être obtenu, la rapidité d'exécution, les coûts liés à l'exécution, ainsi que les caractéristiques des lieux d'exécution choisis. Une politique d'exécution des ordres doit être mise en place en identifiant les meilleurs systèmes possibles par instrument financier. La direction juridique peut être amenée à coopérer avec la fonction conformité et les directions commerciales pour déterminer notamment si la politique d'exécution choisie est toujours celle qui donne les meilleurs résultats (voir art. 21 de la directive MIFID).

828. Exploitation des limites de chacune des obligations. Le banquier pourra toujours essayer d'atténuer les risques juridiques liés aux prétendus défauts d'information, mise en garde et conseil, en exploitant les limites de chacune de ces trois obligations. Ainsi, à titre d'exemple, l'obligation de mise en garde du banquier prestataire de services d'investissement est limitée aux seules opérations présentant un caractère spéculatif¹⁴²⁹. L'examen de la jurisprudence fait ressortir que les opérations suivantes ont été jugées spéculatives :

- opérations sur le marché à règlement mensuel¹⁴³⁰,
- ordre de bourse avec service de règlement différé (OSRD)¹⁴³¹,
- opérations sur les marchés à terme¹⁴³²
- opérations réalisées sur le Marché des actions négociable de Paris (Monep)¹⁴³³,
- opérations de stellage¹⁴³⁴
- ordre de bourse sur le nouveau marché (dans des circonstances particulières)¹⁴³⁵.

En revanche, les opérations suivantes ne sont pas en principe considérées comme spéculatives¹⁴³⁶ :

- souscription ou achat de parts de SCPI¹⁴³⁷,
- souscription de titres d'une société étrangère exploitant des ressources minières¹⁴³⁸,
- fonds de commun de placement (FCP)¹⁴³⁹,

¹⁴²⁹ Cass. com., 8 mars 2005, précité; Cass. com., 19 sept. 2006, précité et à l'égard des clients non avertis ; Cass. com., 22 mai 2001, précité, Cass. com., 14 juin 2005, précité.

¹⁴³⁰ Cass. com., 8 juill. 2003, pourvoi n°00-18941 ; Cass. com., 12 févr. 2008, précité.

¹⁴³¹ Cass. com., 12 févr. 2008, précité: le PSI doit ainsi s'assurer "dès l'origine des relations contractuelles" que le client qui a recours au service de règlement différé est "averti des risques encourus" ou à défaut "l'informer de ces risques".

¹⁴³² Cass. com., 5 nov. 1991, n° 89-18005, *Bull. civ. IV*, n° 327.

¹⁴³³ Cass. com., 14 déc. 2004, n° 02-13.638, *Bull. civ. IV*, n° 222, p. 249.

¹⁴³⁴ Cass. com., 23 févr. 1993, n° 91-10.960; Le "stellage" désigne l'achat simultané d'une option d'achat et de vente de même échéance et de même prix d'exercice. Cette opération permet de gagner de l'argent que le titre monte ou baisse. Seule la stagnation entraîne la perte du prix des options.

¹⁴³⁵ Cass. com., 26 mars 2008, n° 07-11554, *Bull. civ. IV*, n° 69 : la Cour de cassation admet ici qu'une opération est spéculative, non en soi, du fait des mécanismes qu'elle met en œuvre et des risques que systématiquement elle induit, mais en raison des contingences qui l'entourent. En l'espèce, il résultait « du document produit par [le PSI] que le nouveau marché présentait un caractère spéculatif en raison de la nature même des sociétés cotées et s'adressait en priorité et principalement à une clientèle très avertie » ce dont il s'inférait que le PSI aurait dû informer sa cliente sur ces risques.

¹⁴³⁶ Cour de cassation, *Rapport annuel 2010*, étude précitée, et la jurisprudence citée.

¹⁴³⁷ Cass. com., 22 mai 2001 – qui retient notamment que ces parts ne présentent pas « les mêmes risques de fluctuations rapides que les opérations sur les marchés à terme » ; Cass. com., 26 févr. 2002 ; Cass. com., 28 juin 2005, Cass. com., 28 juin 2005, D. n° 03-20900.

¹⁴³⁸ Cass. com., 14 déc. 2004, précité.

- souscription d'une assurance-vie¹⁴⁴⁰,
- un contrat de swap de taux d'intérêts dès lors que le souscripteur a, dès le commencement de ce contrat, connaissance de la charge maximale d'intérêts qu'il devra supporter¹⁴⁴¹.

Une autre limite de l'obligation de mise en garde concerne la preuve du caractère averti du client. Comme nous l'avons déjà montré, l'appréciation au cas par cas est une source de risque juridique pour la banque. Cependant, elle peut également se transformer dans un moyen d'atténuation des risques, car le banquier aura toujours une marge de manœuvre supplémentaire pour déterminer le juge du fond de considérer le client comme averti. Si en principe, cette qualité doit s'apprécier dès l'origine des relations nouées entre le client et le professionnel¹⁴⁴², la jurisprudence admet qu'elle puisse être acquise en cours de relation. En ce sens, il faut citer un arrêt récent¹⁴⁴³ de la Cour de cassation qui a reproché à la Cour d'appel de ne pas avoir recherché si le client avait, « *dès l'origine des relations contractuelles une connaissance des risques encourus dans les opérations spéculatives sur les marchés à terme dispensant [le PSI] de l'informer de ces risques ou si les opérations litigieuses étaient intervenues après qu'elle eut acquis une telle connaissance* ».

Par ailleurs, il a été jugé que le banquier ne peut se contenter des déclarations du client quant à sa propre compétence, mais il est tenu de vérifier la véracité de ses dires¹⁴⁴⁴. De surcroît, la

¹⁴³⁹ Voir les arrêts « Bénéfic » : Cass. com., 19 sept. 2006, pourvois n° 05-14343, *Bull. civ. IV*, n° 185, p. 204 ; *Bull. civ. IV*, n° 186, pourvoi n° 05-15304, *Bull. civ. IV*, n° 187, *RTD com* 2006, p. 870, obs. M. STORCK, *RTD civ.* 2007, p. 103, obs. J. MESTRE et B. FAGES ; voir également Cass. com., 23 juin 2009, D. n° 08-15567

¹⁴⁴⁰ Cass. com., 7 juillet 2009, D. n° 08-18194.

¹⁴⁴¹ Cass. com., 19 juin 2007, *Bull. civ. IV*, n° 162, pourvoi n° 05-22037 : La Cour de Cassation confirme l'arrêt de la cour d'appel après avoir constaté « la particulière simplicité de l'opération de "swap" d'intérêts convenue, laquelle consiste pour chacune des parties à prendre en charge les intérêts dus par l'autre : qu'il relève, [...], que la SCI a reconnu elle-même vouloir, en concluant une telle convention, bénéficier d'un taux fixe de préférence à un taux variable, pour ne prendre aucun risque ; qu'il relève enfin que la seule inconnue était l'évolution du taux variable de référence ; qu'il résulte de ces constatations et appréciations que la SCI connaissait la charge maximale d'intérêts qu'elle devait être conduite à supporter et qu'elle ignorait seulement l'étendue de l'éventuel bénéfice résultant des intérêts variables, supportés seulement par la banque, venant, par compensation, diminuer sa propre charge d'intérêts ; que la cour d'appel, qui a ainsi mis en évidence l'absence de caractère spéculatif de cette opération a, abstraction faite du motif surabondant lié au caractère averti ou non des associés de la SCI critiqué par la première branche, à bon droit écarté l'existence d'un devoir de mise en garde à la charge de la banque vis-à-vis de son cocontractant ».

¹⁴⁴² Cass. com. 8 juillet 2003, Sepeau c/ Sté Ferri, Ferri et Germe : pourvoi n° 01-17710., *Joly Bourse* septembre-octobre 2003, § 76 p. 595, note L. RUET (3^e espèce).

¹⁴⁴³ Cass. com. 12 février 2008 précité, n° 06-20835; voir dans le même sens Cass. com. 13 juillet 2010, n°09-69638 ; Cass. com. 12 juin 2012, n°11-21661, *LPA* 19 oct. 2012, n° 210, p. 7, note M. COMBET ;

¹⁴⁴⁴ Cass. com., 8 mars 2011, n° 10-10.798 : en l'espèce le client avait pris connaissance des obligations d'information et avait déclaré maîtriser les risques liés aux opérations envisagées. La Cour de cassation indique qu'à la date de l'ouverture du compte, le client était un opérateur averti contre les risques encourus à l'occasion d'opérations spéculatives. Il ressort que la banque n'avait pas manqué à son obligation d'évaluation des compétences et de la situation financière de son client, lequel était averti, et lui avait fourni une information adaptée en fonction de cette évaluation.

banque doit tenir compte du fait que la simple détention des diplômes d'études supérieures n'a pas été jugée suffisante pour prouver la qualité du client averti¹⁴⁴⁵.

En conclusion, la qualité de client averti s'appréciant *in concreto* en fonction de l'expérience en matière boursière de l'investisseur, de sa profession, de ses capacités intellectuelles, des risques spécifiques à chaque type d'opérations est aperçue tout d'abord comme une source de risque, en raison de son manque de prédictibilité. Pourtant, elle peut se transformer dans un véritable bouclier pour la responsabilité civile du banquier, s'il arrive à mettre en lumière le caractère averti du client.

829. Opacification de l'information. Un autre moyen de bien gérer les exigences de plus en plus accrues en matière de transparence est une stratégie qui vise à rendre opaque l'information. Cette stratégie est d'une certaine manière la transposition de l'expression « trop d'information, tue l'information ». En créant des offres extrêmement complexes, caractérisées par un chevauchement des produits similaires, mais aux dénominations toujours changeantes, les professionnels empêchent sciemment les consommateurs à comprendre et à comparer les produits commercialisés. Il s'agit d'un comportement économique qui vise à contrecarrer la transparence qui entraînerait, *in fine*, des profits nuls¹⁴⁴⁶.

IV. Traçabilité et preuve – des moyens de réduction de risque

830. Archivage, conservation et accès aux preuves. La traçabilité et la preuve constituent des moyens importants de réduction de risque. Il est impératif de prévoir des règles de gestion de preuve et les formes valables de communication. Il est tout aussi impératif que la banque soit apte à fournir la preuve qu'elle a communiqué à ses clients toutes les informations imposées par la loi. La conservation de cette preuve est nécessaire pour pouvoir asseoir une position juridique pertinente. En l'absence des documents signés par le client, la banque peut néanmoins essayer de démontrer que le client a reçu d'une autre façon l'information nécessaire, soit parce que la banque l'a communiqué oralement, soit parce que le client dispose déjà de l'information nécessaire. Lorsque la banque communique oralement des informations (il s'agit souvent des mises en gardes faites par voie orale par le conseiller clientèle en matière d'assurance ou prêt) il est recommandé d'établir des notes (ou compte-rendu) dans le dossier du client et de les conserver. Malgré leur valeur limitée, ces documents pourront toujours être corroborés avec d'autres éléments de dossier pour faire la preuve de

¹⁴⁴⁵ Cass. com., 12 février 2008, précité, Cass. com., 28 juin 2005, précité.

¹⁴⁴⁶ A. LAVIGNE, « L'économie de la tarification à l'aune des relations de clientèle » in M.-A. FRISON-ROCHE (dir.), *Les banques entre droit et économie, op.cit.*, p. 73 et ss : « La théorie économique enseigne qu'un fonctionnement efficace des marchés suppose une information transparente. Mais si l'information est parfaite, les banques n'ont plus de raisons d'exister. En effet, l'une des raisons d'être des banques est leur capacité à gérer les asymétries d'information. Si les marchés fonctionnaient en information parfaite, les prêteurs et les emprunteurs entreraient en relation sans coût pourvu que le marché réunisse un nombre suffisant d'intervenants. (...) Pour échapper à cette situation de profit nul, les banques doivent chercher s'affranchir de cette concurrence parfaite. »

l'accomplissement de son devoir d'information. Par conséquent, il faut prévoir des procédures rigoureuses en matière de conservation des documents, en format papier ou électronique, en disposant des supports fiables et durables. Ainsi, il faut mettre en place des procédures d'archivage efficaces et des procédures d'accès aux documents archivés.

b) Au cours du déroulement du contrat

831. Prévoir les évolutions à venir. Le contrat est souvent l'objet de différentes évolutions. Du point de vue strictement juridique il faut réfléchir à des moyens efficaces pour lui conférer de la souplesse. Ainsi, les juristes doivent maîtriser les clauses d'évolutivité, de continuité, de gestion de difficultés, tout en veillant au respect des formalités légales en la matière. La maîtrise des risques juridiques passe ainsi par la parfaite maîtrise du droit contractuel qui, grâce au principe de la liberté contractuelle, peut revêtir des multiples facettes.

Les clauses contractuelles peuvent prévoir l'évolution des circonstances du départ, en prévoyant des événements et en aménageant leurs effets. Les parties bénéficient d'une grande liberté de création, encadrée par le principe de bonne foi, des dispositions législatives impératives en la matière, de la réglementation en matière de clauses abusives, etc.

832. Formalités légales. Au cours de la vie des contrats bancaires, il y a souvent de nombreuses formalités à accomplir : l'information annuelle des cautions en étant un exemple classique. Il est impératif d'accomplir toutes ces formalités dans les délais prévus par la loi afin de réduire les risques juridiques potentiels de contestation.

833. Réactivité permanente. De surcroît, l'appréciation régulière de la qualité juridique des opérations bancaires constitue un élément fondamental dans la relation avec le client. Par conséquent, la maîtrise du risque juridique implique une réactivité permanente à tout fait nouveau pouvant affecter l'environnement juridique d'une relation. A ce titre, nous pouvons notamment citer la mise à jour des pièces relatives au fonctionnement du compte, compte tenu de changements affectant la situation juridique du client. Enfin, la documentation juridique d'un dossier doit faire l'objet de contrôles approfondis à l'occasion de "temps forts" dans le déroulement de la relation que sont le renouvellement des engagements ou autres changements.

4. Adoption d'une politique centrée sur la primauté de l'intérêt du client

834. Long terme versus court terme. La direction juridique doit s'assurer que la protection des clients devienne une priorité car à long terme seulement les politiques commerciales qui se soucient des intérêts des clients seront porteuses d'un réel succès. Les principes juridiques

de bonne foi, d'équilibre contractuel¹⁴⁴⁷, de raisonnable¹⁴⁴⁸ dans les contrats doivent prévaloir la pression commerciale qui s'inscrit dans une logique de rentabilité à court terme.

835. Traitement des réclamations. La direction juridique doit également soutenir et encourager une politique de traitement homogène et cohérent des réclamations de la clientèle comportant un risque juridique. C'est à elle de créer un outil de diagnostic de risque juridique à la portée des opérationnels, notamment de la force de vente, afin que les dossiers problématiques et les réclamations présentant un risque contentieux puissent être remontés aux juristes. Le règlement amiable des litiges est un facteur important de réduction du risque juridique et du risque d'image. Il présente le double avantage d'être à la fois dans l'intérêt de la banque et du client.

Nous allons voir maintenant que la prise en compte des différents moyens de traitement et d'atténuation du risque, rend possible d'opérer une distinction fondamentale en matière de risques : les risques bruts et les risques nets.

B. Risque brut et risque net

836. Risques brut versus risque net. En dehors de toute mesure de traitement et d'atténuation du risque, les risques sont à l'état brut. Lorsqu'il y a des mesures de maîtrise, de protection ou prévention, voire d'atténuation, le risque brut (ou inhérent) devient un risque net ou résiduel.

837. Appréciation de l'importance du risque juridique brut. Comme nous l'avons déjà dit, le risque juridique brut est celui qui existe en l'absence de toute mesure de traitement et d'atténuation. C'est le risque tel que l'on identifie dans un premier temps. Pour apprécier la sévérité du risque juridique il faut prendre en compte les conséquences avérées (pour les incidents historiques/avérés) et potentielles (pour les incidents potentiels). Il s'agit notamment d'inclure les possibles sanctions civiles et pénales, les sanctions pécuniaires et disciplinaires, mais également les autres conséquences : les pertes financières, le coût du traitement des réclamations, le coût du procès, etc.¹⁴⁴⁹. L'évaluation du risque brut se fait également en fonction de sa fréquence. Pour les opérations de masse une gravité faible associée à une forte fréquence peut s'avérer très couteuse pour la banque, surtout après l'entrée en vigueur des class actions à la française.

¹⁴⁴⁷ L. FIN-LANGER, *L'équilibre contractuel*, LGDJ, tome 366, coll. Thèses, 2002.

¹⁴⁴⁸ Voir H. RAMPARANY-RAVOLOLOMIARANA, *Le raisonnable en droit des contrats*, thèse, Faculté de droit et des sciences sociales de Poitiers, 2009.

¹⁴⁴⁹ J.-M. DAUNIZEAU, M. LEIMBACH, *Contrôle des risques : mieux comprendre les fonctions juridiques et de conformité*, Revue Banque, 2011, p. 142 ; P. KEREBEL, *Management des risques*, éditions d'Organisation, Eyrolles, 2009, p. 110.

838. Tableau de bord pour l'évaluation du risque brut. Pour son évaluation il faut se rapporter à une échelle préétablie, mesurant sa gravité. On peut ainsi concevoir cette évaluation à l'intérieur d'un tableau créé pour l'usage des opérationnels et des juristes :

Tableau de bord pour l'évaluation du risque brut.			
Risque juridique faible	Risque juridique moyen	Risque juridique fort	Risque juridique non mesurable
<ul style="list-style-type: none"> - la banque peut faire face à ses obligations contractuelles et/ou réglementaires - il y a un risque limité d'actions en justice contre la banque ; - la probabilité de perdre des clients à court terme est faible ; - il n'est pas nécessaire d'engager des efforts supplémentaires pour garder l'image de la banque ; - il y a peu d'impact sur les autres activités de la banque. 	<ul style="list-style-type: none"> -il y a une certaine difficulté à répondre dans les délais impartis à des obligations contractuelles/réglementaires ponctuelles, bien que les régulateurs puissent tolérer des retards ponctuels ; -en présence de quelques plaintes ou actions en justice de la part des clients (au sens large), la banque n'encourt que des pertes financières moyennes (considérées comme telles par la banque) ; -il y a une perte de clients mineurs ou une perte limitée des clients majeurs ; - la réputation de la banque est affectée d'une manière limitée, nécessitant peu d'effort de réhabilitation ; - perturbations mineures sur d'autres activités de la banque. 	<ul style="list-style-type: none"> -la banque serait en incapacité de répondre à des obligations réglementaires majeures, situation qui entraînerait une mise sous surveillance ou autre mesure disciplinaire (ex. suspension temporaire des activités, etc.) ; - en présence de plaintes ou action en justice aptes à entraîner des conséquences financières lourdes pour la banque; - en cas de perte avérée/potentielle significative des clients (mineurs et/ou majeurs) ; - la réputation de la banque est atteinte et sa réparation demande des efforts financiers supplémentaires importants - événements avérés ou simplement redoutés sont de nature à créer des perturbations majeures sur d'autres activités, de la banque. - lourdes sanctions pécuniaires et/ou disciplinaires pour non-respect des obligations réglementaires (perte de licence ou de droit d'opérer sur les marchés) ; - en cas de <i>class actions</i> avec des pertes financières extrêmement sévères, - responsabilité pénale des dirigeants ; 	<ul style="list-style-type: none"> Image ternie Rumeurs Sanctions publiées etc.

Tableau n° 5 : Tableau de bord pour l'évaluation du risque brut.

839. Appréciation de l'importance du risque juridique net. Après l'évaluation du risque juridique brut, il faut prendre en compte tous les éléments qui peuvent contribuer à son atténuation. Le dispositif d'atténuation et de contrôle doit être identifié et évalué pour chacun des risques bruts. Les opérationnels et les juristes doivent toujours se positionner dans une démarche d'auto-évaluation afin de porter un jugement sur les degrés de maîtrise des risques et sur la portée de ces dispositifs. Sont-ils pertinents? Sont-ils adaptés ? Sont-ils suffisamment appliqués ? Comment les améliorer ? Quel est leur impact ? Quelle est la fréquence associée aux risques ? Faut-il sensibiliser davantage les opérationnels aux risques de nature juridique ?

Comme on l'a déjà dit lorsqu'on a présenté les concepts fondateurs de l'analyse des risques opérationnels, pour bien maîtriser les risques il faut, d'une part en évaluer le mieux possible leur probabilité et leur gravité, et d'autre part, d'être capable d'apprécier la qualité du dispositif d'atténuation des risques. En effet, « *sans évaluation correcte, pas de traitement correct, et donc des erreurs d'autant plus gênantes qu'elles mettent l'opérateur dans une sorte de spirale qui l'entraîne dans un stress toujours plus grand et dans des erreurs toujours plus graves* »¹⁴⁵⁰.

840. Solutions possibles. Il faut tenir compte du fait qu'il est impossible de réduire à zéro la probabilité de survenance d'un risque. Par conséquent, il convient de décider le sort du risque net. En effet, trois solutions sont possibles :

- le risque est conservé, en assumant les éventuelles conséquences de sa survenance, en prévoyant les moyens nécessaires à sa couverture ;
- le risque est assuré, la banque ayant la possibilité de souscrire un contrat d'assurance. Cette possibilité est néanmoins rarement applicable aux risques juridiques ;
- le risque peut être transféré à une contrepartie, la banque recherchant ainsi une « protection ».

841. Choix et conséquences. Le choix entre ses options dépend de la nature du risque. En ce qui concerne les risques juridiques, ils seront le plus probablement conservés et donc couverts par des fonds propres.

Après cette étape, il convient d'assurer le suivi de la gestion du risque juridique. Le suivi doit être effectué à intervalles réguliers par le biais d'un mécanisme élaboré à cet effet. L'évaluation régulière des risques juridiques doit tenir compte du retour d'information issu d'un processus prédéterminé et entraîner la mise à jour de l'analyse et des priorités fixées par le management. Nous allons voir ces aspects dans la section suivante dédiée à la gestion des risques juridiques. (Section II)

¹⁴⁵⁰ Y. METAYER, L. HIRSH, *Les premiers pas dans le management des risques*, AFNOR, 2007, p. 21.

Section II Gestion des risques juridiques

842. La phase de gestion. Le management des risques juridiques s'inscrit fondamentalement dans un processus productif de mise en place des procédures internes. Il faut fixer une politique générale de gestion des risques (§1) et ensuite mettre en place un système de notification et suivi systématique et rigoureux des incidents, tout en prenant en compte le retour d'expérience (§2).

§1. Mise en place d'une politique générale de gestion des risques juridiques

843. Politique de gestion des risques juridiques. La réussite de la mise en place d'une politique efficace de gestion des risques juridiques dans le domaine bancaire dépend en égale proportion de la direction juridique et des dirigeants des entreprises. Ainsi, toute réflexion sur le sujet impose d'aborder, ne serait-ce que succinctement, le sujet des acteurs du management des risques juridiques (A) pour ensuite montrer les éléments clés de la stratégie (B).

A. Les acteurs du management des risques juridiques

Le management des risques juridiques est loin de reposer uniquement sur les juristes. Une véritable stratégie du management juridique doit être d'une part acceptée et encouragée par les dirigeants de la banque et d'autre part doit reposer sur les salariés.

1. Une étroite coopération entre plusieurs acteurs

L'art et l'ingéniosité juridiques ne suffisent pas. Il faut une forte synergie entre quatre catégories d'acteurs : juristes, organes dirigeants, responsables du risque opérationnel et les autres collaborateurs.

844. La fonction juridique. L'organisation du dispositif de maîtrise du risque juridique bancaire dépend sans contestation de la fonction juridique. Ce sont les juristes qui d'une part assurent la veille juridique et la coordination juridique de tous les métiers et qui, d'autre part, participent à l'élaboration des procédures internes. C'est cette fonction qui assure également la détermination d'une politique juridique adéquate aux opérations effectuées par la banque. Elle vient à l'aide des opérationnels en fournissant un précieux conseil juridique. Les juristes gèrent les contentieux, et ce sont eux qui décident de la stratégie à adopter dans des litiges opposant les clients et la banque, en ayant la faculté de faire appel aux avocats si nécessaire.

Mais les juristes ne décident pas seuls de la stratégie en matière de risques juridiques qui font partie des risques opérationnels, intéressant de près la direction de l'établissement, car il n'y a pas pour une banque de sujets plus importants que la solvabilité et la performance. C'est pour

cela que la fonction juridique va participer à la définition des dispositifs centraux et/ou locaux de maîtrise de risque juridique. Elle sera amenée à prendre en compte la stratégie globale émanant des dirigeants et va s'appuyer pour la mise en place du dispositif sur les responsables des risques et le management opérationnel. L'organisation de la fonction juridique dans le domaine bancaire est variable, dépendant de multiples facteurs tels que la taille de l'établissement, la dimension nationale ou internationale, son histoire et ses ambitions. Cependant, un élément stable et obligatoire est la désignation d'une responsable « risques juridiques opérationnels » au sein de la fonction juridique.

845. La direction de la banque. Les banques sont tenues aux termes de la loi de se doter de moyens adaptés à la maîtrise des risques opérationnels, y compris juridiques. L'organisation du dispositif global est de la compétence de l'organe exécutif. Depuis 2004 et l'adoption des Accord de Bâle II, les dirigeants sont tenus d'accorder une place importante à la fonction juridique et conformité. La responsabilité de s'assurer que la banque se conforme aux obligations en matière de contrôle interne et gestion des risques incombe à l'organe exécutif et à l'organe délibérant. Ils sont tenus d'évaluer et de contrôler périodiquement l'efficacité des politiques, des dispositifs et des procédures mises en place pour se conformer aux exigences réglementaires et prendre les mesures correctrices qui s'imposent en cas d'éventuelle défaillance¹⁴⁵¹. Le dispositif de maîtrise des risques opérationnels doit définir d'ailleurs des procédures d'information, au moins trimestrielles, de l'organe exécutif et, le cas échéant, du comité des risques, sur le respect des limites et l'évolution des risques. Par conséquent, la fonction juridique sera associée pleinement à l'élaboration du dispositif de maîtrise des risques opérationnels et de leur contrôle, tout en devant ensuite informer la hiérarchie et prendre en compte ses instructions.

846. Les responsables de risque opérationnel. Les banques doivent désigner un responsable en charge de la filière « risques opérationnels » qui inclut les agents et les unités responsables de la mesure, de la surveillance et de la maîtrise des risques¹⁴⁵². Les risques juridiques étant une sous-catégorie des risques opérationnels, la fonction juridique doit collaborer avec la filière « risques opérationnels », en s'appuyant sur son savoir-faire, et notamment sur ses analyses quantitatives et les bases de données internes.

847. Le management opérationnel. La gestion des risques juridiques repose sur les opérationnels de chaque filière métier. Comme nous l'avons montré auparavant, le premier responsable de la qualité de la documentation juridique lors de l'entrée en relation et tout au long de la vie d'un produit bancaire, est le salarié, gestionnaire ou chargé de clientèle. Le contrôle juridique repose sur les salariés de la force de vente et sur leur management.

¹⁴⁵¹ Art. 38 du règlement CRBF 97-02 du 21 février 1997, précité.

¹⁴⁵² Voir *supra* n° 186 et n° 309.

2. Les conséquences de la coopération entre les divers acteurs de la gestion du risque juridique

L'étroite coopération entre tous ces acteurs débouche sur un partage du pouvoir de décision et sur un partage des rôles.

848. Le partage du pouvoir de décision. En principe, la direction juridique ne peut pas initier ou arrêter une procédure seulement et uniquement en fonction de son appréciation de l'opportunité de celle-ci. Cette réalité est pleinement justifiée par le fait que la direction juridique n'a pas en sa possession tous les éléments pour prendre la décision. En effet, le décisionnaire en dernier ressort est la direction générale de l'établissement qui, aux termes de la loi, doit assurer la cohérence du système au niveau de l'établissement et au niveau du groupe. Ainsi, la direction juridique doit partager son pouvoir de décision en la matière avec l'organe exécutif qui fixe les lignes directrices de la stratégie de surveillance et maîtrise des risques¹⁴⁵³. C'est d'ailleurs celui-ci qui doit s'assurer que la banque se dote des moyens adaptés à la maîtrise des risques opérationnels, y compris juridiques, tout en fixant les limites internes ainsi que les conditions dans lesquelles ces limites sont respectées. Concomitamment, il est difficilement concevable que la direction juridique prenne des procédures impactant directement les métiers, sans une concertation préalable avec les directions opérationnelles/commerciales. Le pouvoir de décision est ainsi partagé entre les responsables d'une véritable Troïka qui met en évidence la transversalité des risques juridiques et leur impact sur toutes les activités bancaires.

849. Le partage des rôles. Le rôle primordial de la direction juridique serait ainsi de mettre en place une politique de maîtrise des risques juridiques, en définissant son périmètre de compétence et le positionnement hiérarchique en matière de risques. Elle abordera nécessairement l'organisation et le fonctionnement de la fonction juridique et son articulation avec les lignes métiers, la fonction conformité et la direction des risques, en identifiant les interlocuteurs compétents pour la gestion des risques juridiques. La direction juridique sera amenée à adopter tout d'abord une note générale (la politique générale) d'organisation et de fonctionnement de la fonction qu'elle dirige, et ensuite elle élaborera des notes, procédures et circulaires dédiées à l'identification, la saisie, l'évaluation, le traitement, le suivi et la notification des incidents et événements juridiques redoutés, conformément aux lignes directrices énoncées par l'organe exécutif et en concertation avec la direction des risques et conformité. Elle définira ainsi les modalités d'intervention de la fonction juridique.

Les dirigeants de la fonction juridique devront ensuite doter les filières métiers avec des manuels de procédures juridiques adaptés, simples, cohérents et mis à jour, portant sur des sujets concrets : l'ouverture de comptes, les chèques, les titres, etc. Dans la même optique, les opérationnels seront sensibilisés et formés aux aspects juridiques de leurs métiers.

La fonction juridique est certes en charge de la prévention et de la protection de la banque contre le risque juridique. Cependant, elle n'a pas les moyens humains et matériels pour

¹⁴⁵³ Arrêté du 19 janvier 2010 et le règlement CRBF 97-02 précité ; D. OGIEN, *Comptabilité et audit bancaires*, 3^{ème} édition, Dunod, 2011, pp. 411-416 ; J.-M. DAUNIZEAU, M. LEIMBACH, *op. cit.*, p. 171.

procéder elle-même à la quantification des risques. En revanche, les juristes devront pouvoir assurer une analyse qualitative et, de surcroît, contribuer aux analyses quantitatives menées par la direction des risques, en leur fournissant des données concrètes (montant des préjudices, délais, coûts engendrés, les défaillances, etc.).

En résumé, les décisions stratégiques qui impactent globalement la banque relèvent de la direction générale de l'établissement, les décisions techniques relèvent de la direction des risques et les politiques de gestion de chaque famille de risque impliquent les autres responsables, y compris ceux de la fonction juridique.

B. Elaborer la politique du management des risques juridiques

850. Elaboration des politiques. L'élaboration des politiques est par définition l'une des responsabilités majeures de la Direction, quelle qu'elle soit. Il en va de même pour l'élaboration et le déploiement de la politique des risques. Nous allons voir maintenant le contenu de cette politique (1) pour ensuite traiter du processus de pilotage (2).

1. Contenu de la politique générale des risques juridiques

851. Eléments définitoires. La gestion des risques est une activité méthodique et systématique¹⁴⁵⁴ qui comporte des étapes qui succèdent et entre lesquelles s'établit une symbiose étroite. La politique générale de la gestion des risques juridiques doit comporter :

- l'appréciation du contexte et des risques juridiques majeurs ;
- la cohérence avec la stratégie globale de la banque en matière de risques ;
- les objectifs de la fonction ;
- les limites de risques acceptables, le risque maximum tolérable ;
- les personnes responsables de l'application de la politique ;
- un processus d'identification, évaluation, analyse, contrôle, réduction, financement et suivi ;
- la reconsidération périodique de l'ensemble des dispositifs d'atténuation et contrôle propres à la fonction juridique pour s'assurer de leur efficacité.

Cette politique impose une vision stratégique des objectifs de la fonction juridique, pleinement cohérente avec ceux de l'établissement.

¹⁴⁵⁴ C. VERET, R. MEKOUAR, *Fonction : Risk manager, op. cit.*, p. 83.

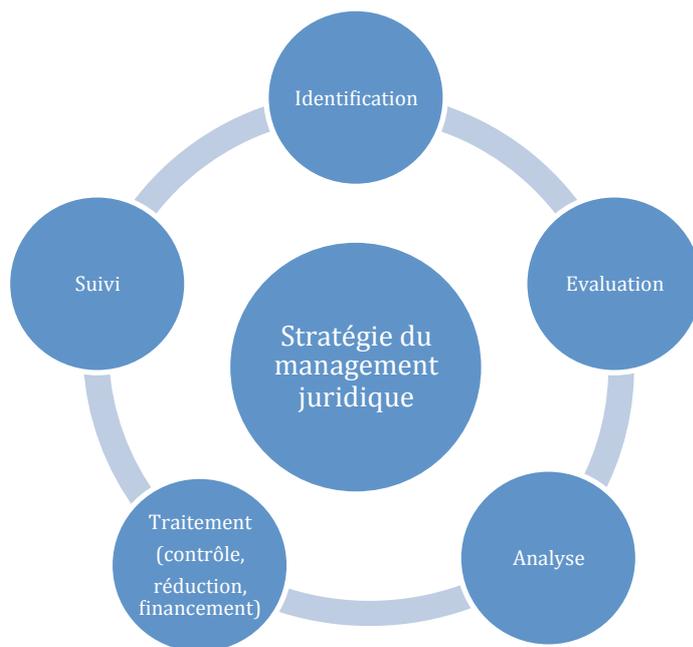


Figure n° 18 : Stratégie du management juridique

2. Les saines pratiques pour la gestion et la surveillance du risque opérationnel selon le Comité de Bâle

852. Saines pratiques énoncées par le régulateur international. Le Comité de Bâle a publié une série de principes devant régir un dispositif pour la gestion et la surveillance efficaces du risque opérationnel, à utiliser par les banques et leurs superviseurs afin d'évaluer les politiques et pratiques en la matière. Etant donné que le risque juridique est une composante du risque opérationnel, nous considérons qu'il est opportun et utile d'y faire référence¹⁴⁵⁵.

853. Principes transposables en matière de gestion des risques juridiques. Le texte expose dix principes qui peuvent être répartis en trois grandes catégories. Les trois premiers principes ont pour objectif de créer un environnement approprié à la gestion du risque sous la responsabilité du conseil d'administration et de la direction générale. Les quatre principes suivants ont pour finalité de mettre en place un dispositif systématique et généralisé pour identifier, évaluer, contrôler, atténuer, financer et piloter les risques opérationnels. Les trois derniers principes ont pour objectif de contrôler et évaluer les dispositifs de gestion des risques par une fonction d'audit interne indépendante de celle qui assure la gestion. Nous pouvons transposer sur le terrain juridique ces principes généraux énoncés par le Comité de Bâle pour la gestion de tous les risques opérationnels. En effet, cet exercice consiste dans un

¹⁴⁵⁵ BRI, Comité de Bâle sur le contrôle bancaire, *Saines pratiques pour la gestion et la surveillance du risque opérationnel*, Suisse, Bâle, février 2003, <http://www.bis.org/publ/bcbs96fre.pdf> (page consultée le 23 janvier 2011).

effort d'adaptation et le résultat serait le suivant : les principes 4, 5, 6 et 7 seront transformés en ce qu'on appelle « les règles d'or » de la gestion des risques juridiques, illustrant parfaitement le contenu de la politique générale de gestion des risques juridiques.

Transposition sur le terrain juridique des principes de gestion des risques opérationnels énoncés par le Comité de Bâle	
Les principes 4, 5, 6 et 7 du Comité de Bâle	« Les règles d'or » de la gestion des risques juridiques
Principe 4: « Les banques devraient identifier et évaluer le risque opérationnel inhérent à tous les produits, activités, processus et systèmes importants. Elles devraient aussi, avant de lancer ou d'exploiter des produits, activités, processus et systèmes nouveaux, soumettre à une procédure adéquate d'évaluation de risque opérationnel qui leur est inhérent. » ¹⁴⁵⁶	La fonction juridique identifie et évalue les risques juridiques inhérents à tous les produits, activités, processus et systèmes, dès leur conception et tout au long de leur vie.
Principe 5 : « Les banques devraient mettre en œuvre un processus de suivi régulier des profils de risque opérationnel et des expositions importantes à des pertes. Les informations utiles à une gestion dynamique du risque opérationnel devraient être régulièrement communiquées à la direction générale et au conseil d'administration. » ¹⁴⁵⁷	La fonction juridique met en œuvre un processus de suivi des profils de risque juridique et des expositions importantes à des pertes. Les informations pertinentes sont régulièrement communiquées à la direction générale et au conseil d'administration en vue d'une gestion dynamique des risques.
Principe 6 : « Les banques devraient adopter des politiques, processus et procédures pour maîtriser et/ou atténuer les sources importantes de risque opérationnel. Elles devraient réexaminer périodiquement leurs stratégies de limitation et de maîtrise du risque et ajuster leur profil de risque opérationnel en conséquence par l'utilisation de stratégies appropriées, compte tenu de leur appétit pour le risque et de leur profil de risque globaux. » ¹⁴⁵⁸	La fonction juridique doit adopter des politiques et des procédures pour maîtriser et/ou atténuer les sources importantes de risque juridique. Elle doit réexaminer périodiquement sa stratégie de limitation et de maîtrise de risque juridique et ajuster son profil de risque en fonction de la stratégie globale de la banque en la matière, y compris en fonction de l'appétit pour le risque.
Principe 7 : « Les banques devraient mettre en place des plans de secours et de continuité d'exploitation pour garantir un fonctionnement sans interruption et limiter les pertes en cas de perturbation grave de l'activité. » ¹⁴⁵⁹	La fonction juridique met en place des plans de continuité des activités pour garantir un fonctionnement sans interruption et les pertes en cas de grave perturbation.

Tableau n° 6 : Transposition des principes de gestion des risques opérationnels énoncés par le Comité de Bâle

Une fois mise en place cette politique, il faut assurer la notification, le suivi et le pilotage global du dispositif ainsi créé (§2).

¹⁴⁵⁶ BRI, Comité de Bâle sur le contrôle bancaire, *Saines pratiques pour la gestion et la surveillance du risque opérationnel*, op.cit.

¹⁴⁵⁷ *Ibidem*.

¹⁴⁵⁸ *Ibidem*.

¹⁴⁵⁹ *Ibidem*.

§2. Assurer le suivi et le pilotage du dispositif de gestion

854. Dernière étape. Il s'agit de la dernière étape qui permet de donner un sens à l'ensemble de la démarche et elle comprend la coordination des équipes qui contribuent à la gestion des risques, l'organisation de la notification et du suivi (de la veille permanente sur les incidents avérés et potentiels). A l'échelle de la banque, le pilotage du dispositif du risk management est assuré par le responsable en charge de la filière « risques ». Lorsqu'on traite uniquement de la gestion des risques juridiques, le processus de pilotage est assuré par la direction juridique, qui désigne en général quelques responsables pour les risques. Nous allons voir maintenant les spécificités tout d'abord du suivi et de la notification (A) et ensuite du pilotage (B).

A. Suivi et notification

855. Suivi et notification. Le suivi et la communication sur les risques sont à la fois une obligation légale¹⁴⁶⁰ et une mesure de bonne gouvernance de la banque. Nous appelons « notification » l'ensemble des tableaux et rapports élaborés pour assurer le management des risques juridiques¹⁴⁶¹.

856. Destinataires en interne des communications concernant le risque juridique. Les destinataires de notifications sont nombreux et poursuivent des objectifs différents. Les informations pertinentes, sous forme des états de synthèse adaptés, comportant des informations qualitatives et quantitatives, doivent être régulièrement transmises à l'organe exécutif (direction générale, comité exécutif)¹⁴⁶², à l'organe délibérant (conseil d'administration), au comité de gestion des risques, au responsable de la filière « risques », au comité d'audit, aux gestionnaires de risques opérationnels locaux, aux autorités de tutelle et autres organismes externes (agences de rating, etc.). En interne, la charte du contrôle interne fixe les différents niveaux de notification « risques ». En tant que composante du risque opérationnel, le risque juridique doit faire l'objet des informations trimestrielles de l'organe exécutif, notamment sur le respect des limites. En effet, la banque est tenue de publier des états de synthèse couvrant l'ensemble de ses risques. La finalité est de permettre aux organes dirigeants d'exercer une surveillance effective des risques à partir des données qualitatives (expliquant les mesures prises pour évaluer le niveau des risques encourus et fixer les limites)

¹⁴⁶⁰ Voir art. 32-1 du règlement CRBF 97-02 précité (concernant l'obligation du Risk manager de s'assurer qu'un suivi des risques, accompagné des moyens suffisants pour sa mise en œuvre, est mis en place), art. 34 du même règlement (concernant l'obligation d'informer les entités ou les personnes qui sont désignées à cet effet de l'ampleur des incidents, des causes de non respect des procédures, des limites fixées et des actions correctrices qui sont proposées ou entreprises).

¹⁴⁶¹ C. VERET, R. MEKOUAR, *Fonction : Risk manager, op.cit.*, p. 211-216.

¹⁴⁶² Art. 36 et 37 du règlement CRBF 97-02 précité.

et des données prospectives, dans le but d'anticiper l'apparition de nouveaux risques (notamment pour les nouveaux produits ou nouvelles activités). Ces rapports sont très utiles pour les dirigeants de la banque car aux termes du règlement CRBF 97-02, ils sont tenus, d'évaluer et de contrôler périodiquement l'efficacité des politiques, des dispositifs et des procédures mis en place pour chaque type de risque et prendre les mesures appropriées pour remédier aux éventuelles défaillances. L'organe exécutif doit également informer régulièrement, au moins une fois par an, l'organe délibérant et, le cas échéant le comité d'audit.¹⁴⁶³ La banque doit informer ensuite l'ACPR notamment sur les critères et seuils arrêtés par l'organe délibérant.

857. Contenu de la notification. Les tableaux de bord ou les rapports pour les risques juridiques doivent comprendre, à l'image du rapport annuel sur le contrôle interne: une description de la démarche globale et des zones de risques, les principales actions effectuées dans le cadre de la politique de gestion des risques juridiques, les principales insuffisances et défaillances relevées, les causes des incidents, l'ampleur des dépassements de limites fixées, les principales mesures prises et les améliorations possibles (plans d'atténuation des risques, etc.), l'identification des évolutions internes et externes. Les rapports sur les risques juridiques devront ainsi comporter des données à la fois qualitatives et quantitatives, pour réaliser une radiographie des incidents avérés et potentiels.

B. Le pilotage

858. Boucler la boucle. Une fois identifiés, évalués et contrôlés, les risques doivent faire l'objet d'un suivi régulier par le biais d'un mécanisme élaboré à cet effet. La finalité de cet exercice est d'aboutir à une maîtrise des risques réelle et efficace. Pendant cette étape il faut tenir compte du retour d'information issu de la mise en place de la politique de gestion, qui entraînera la mise à jour de l'analyse et des mesures anticipées. En ce qui concerne les risques juridiques, il faut envisager : une mise à jour constante des procédures (1), une veille permanente sur les incidents (2) et une guidance par le service juridique central entraînant la reconsidération périodique des dispositifs juridiques pour s'assurer de leur efficacité (3).

¹⁴⁶³ Il s'agit du rapport sur la mesure et la surveillance des risques, prévu à l'art. 43 du règlement 97-02 et qui porte sur : les éléments clés de l'analyse et du suivi des risques associés à l'activité et aux résultats auxquels la banque est exposée, les mesures prises pour assurer la continuité de l'activité et l'appréciation portée sur l'efficacité des dispositifs en place, les mesures prises pour assurer le contrôle des activités externalisées et des risques potentiels qui en résultent pour la banque.

1. Mise à jour constante des procédures

859. Une gestion ancrée dans l'actualité. L'accumulation des procédures écrites ne suffit pas à obtenir une bonne maîtrise des risques juridiques. Il est nécessaire de déployer ces dernières efficacement et d'assurer leur mise à jour constante. La fonction juridique doit se doter de ressources humaines et techniques aptes à maintenir à jour la base de données des procédures internes, de gérer les flux d'informations juridiques externes et internes (évolution du droit, de la jurisprudence) et d'en assurer la diffusion vers le niveau de compétence appropriée.

C'est d'ailleurs, une obligation légale, ou plutôt la conséquence directe des autres obligations légales. En effet, aux termes de l'article 32 du règlement CRBF 97-02, les banques sont tenues de se doter « *des moyens adaptés à la maîtrise des risques opérationnels y compris juridique* ». Or, la veille juridique est par excellence le moyen spécifique et efficace de la gestion des risques juridiques. Ensuite il faut rappeler qu'aux termes de l'article 32-1 du même règlement, le dispositif du contrôle permanent doit s'assurer que, le cas échéant, les adaptations nécessaires aux procédures en place ont été engagées. Cela demande une organisation de la fonction de telle sorte qu'il y ait des juristes qui se consacrent à la veille juridique et à la communication avec les autres métiers et fonctions d'une banque. Ce travail de routine est, nous l'avons vu, l'un des principaux moyens d'atténuation du risque. Concomitamment, il est également l'instrument privilégié de la fonction juridique d'accumuler des ressources juridiques, de les déployer et de les coordonner. La veille juridique crée les prémisses d'une intervention rapide pour anticiper les évolutions législatives, les revirements jurisprudentiels et éviter que des mesures de protection ou des dispositifs préconisés ne soient pas obsolètes¹⁴⁶⁴. Elle doit s'accompagner de la mise en place d'une communication efficace. Une communication efficace à l'intérieur de la fonction juridique, ainsi qu'avec les autres services est cruciale. Elle doit s'appuyer sur un réseau prédéterminé, indiquant clairement l'émetteur et le récepteur de l'information.

860. Communication interne. Il sera utile de créer des rencontres entre les juristes qui travaillent dans divers services et ceux qui travaillent au sein des services centraux pour échanger bonnes pratiques et expériences en matière de risques juridiques. Il est recommandable de créer un site web central sur la gestion des risques juridiques et

¹⁴⁶⁴ Y. CABROLIER, « Le droit, outil ou obstacle pour le risk manager ? », *Gaz. Pal.*, 01 avril 2006 n° 91, p. 8 : « À titre d'exemple, il est possible de citer l'assurance automobile des collaborateurs dans le cadre de missions pour le compte de l'entreprise avec leur véhicule. La veille juridique a permis de se poser la question du maintien ou non de cette police. L'arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation du 9 juillet 2003 a en effet rompu avec sa décision du 17 novembre 1993 en rendant garante dans le cadre de déplacements professionnels la compagnie d'assurances qui couvre le salarié pour un usage privé en se fondant sur l'obligation qu'a la société d'assurances de garantir la responsabilité de toute personne ayant la garde ou la conduite du véhicule, même non autorisée. Ce cas ne constitue qu'un exemple parmi d'autres de la montée en puissance de la nécessité pour le RM d'exercer une veille juridique. ».

d'organiser des campagnes de communication, des présentations et de séminaires afin d'informer et de sensibiliser les collaborateurs concernés.

2. Veille permanente sur les incidents juridiques

861. Rapidité de réaction. Le pilotage du management des risques juridiques est étroitement lié à la capacité de la fonction juridique à réagir rapidement aux incidents avérés ou potentiels. Par conséquent, il est nécessaire de recourir à des moyens formalisés destinés à obtenir des informations sur les risques encourus. Parmi ses moyens, nous évoquons la veille sur les incidents¹⁴⁶⁵.

862. Veille sur les incidents juridiques. Sans reprendre les principes énoncés dans la section dédiée à la collecte des données (interne et externe), il faut, néanmoins, dire que la veille sur les risques consiste à « *localiser, à collecter, à analyser, à ordonner, à diffuser et à stocker les informations relatives aux risques courus ou générés*¹⁴⁶⁶ » par la banque. Les risques, à partir d'un certain seuil, préétabli par la direction générale de la banque, doivent être déclarés dans une base de données interne de la banque. Le plus souvent, les incidents juridiques seront déclarés dans le cadre du processus de gestion des risques par activités/filières/métiers. Il revient, en effet, à la fonction juridique d'établir l'organisation des circuits de collecte et de saisie des risques juridiques. Il se peut que les juristes eux-mêmes (tous ou seulement les responsables de la gestion des risques juridiques au sein de la fonction) soient amenés à saisir dans la base de données des incidents. Si l'organisation des circuits peut différer d'une banque à l'autre, il existe quelques principes généraux qui permettent d'établir une méthodologie de la veille. Ainsi, tout d'abord, la saisie des incidents juridiques dans la base de données des risques opérationnels doit s'accompagner d'une analyse juridique qui devra, au moins, être validée par les juristes. Ensuite, le format précis de *notification* des risques juridiques sera clairement défini dans des circulaires /procédures appropriées, la hiérarchie de la fonction juridique devant être impliquée dans la validation des incidents. Enfin, la hiérarchie doit recevoir toutes les informations nécessaires dans des tableaux de bord ou autres moyens pour avoir une image d'ensemble de son exposition au risque juridique.

863. Registre des risques versus cartographie. La fonction juridique peut envisager la création d'un « registre des risques » - un document interne dont l'accès sera restreint. Tandis que la cartographie des risques présente une photographie annuelle des risques, le registre des

¹⁴⁶⁵ J. CHARBONNIER, *Le risk management*, op. cit., p. 197 : l'auteur fait référence également au « *lancement d'alerte* » ou le « *whistleblowing* ». Le lancement d'alerte est certes un moyen très important de pilotage de risques qui vise notamment les risques de non-conformité (en matière de blanchiment d'argent, financement du terrorisme, délit d'initié, abus de marché etc.) et des risques à connotation « ressources humaines » (ex. discrimination, harcèlement etc.).

¹⁴⁶⁶ *Idem*, p. 198.

risques serait un document « vivant », actualisé à chaque changement significatif du profil de risque de la fonction juridique¹⁴⁶⁷.

864. Communication interne. En vertu des dispositions légales en vigueur, la direction juridique informe la direction générale, tout comme les responsables de risques opérationnels, de contrôle interne et de l'audit. Ces informations peuvent être envisagées non pas seulement comme une contrainte, mais également comme un moyen pour mieux sensibiliser la direction centrale au rôle des juristes, à l'importance stratégique de bien gérer les risques juridiques.

3. Guidance par le service juridique central et réajustement permanent de la politique juridique

865. Guidance et réajustement permanent. Le directeur juridique soutiendra la mise en place de la gestion des risques et facilitera l'échange des informations et bonnes pratiques juridiques entre les autres fonctions et métiers. Un Guide de mise en œuvre de la gestion des risques juridiques et d'autres outils appropriés pourront être mis à la disposition des juristes spécialisés dans diverses activités de la banque. Tous ces documents fournissant des conseils, recommandations, règles et pratiques sur la mise en œuvre et le développement de la gestion des risques devront être régulièrement mis à jour à la lumière du retour d'expérience des collaborateurs. Le contrôle permanent évaluera l'efficacité et l'efficacités du processus de gestion des risques. La fonction juridique doit procéder à un réexamen régulier de sa politique, des risques acceptés et acceptables au regard de l'évolution de l'environnement juridique, national, européen et international, surtout lorsque les banques s'inscrivent dans un contexte international de plus en plus marqué.

¹⁴⁶⁷ A titre d'exemple, dans le cadre de la mise en place d'une politique de gestion des risques, les institutions européennes ont mis en place un « registre de risques » qui est un document interne des services. L'accès aux informations qu'il contient est soumis au règlement (CE) n° 1049/2001 du Parlement européen et du Conseil du 30 mai 2001 relatif à l'accès du public aux documents du Parlement européen, du Conseil et de la Commission – JO L 145 du 31 mai 2001. Malgré les différences entre les institutions du secteur privé et celles du secteur public, en matière de gestion des risques il y a de grandes similitudes, car les concepts fondateurs sont les mêmes.

CONCLUSION DU CHAPITRE II

866. Avantage concurrentiel. La façon de traiter et gérer les risques juridiques peut devenir un avantage concurrentiel durable, en se transformant en ce que les anglo-saxons appellent la compétence de base (*core competency*), si « *elle réunit quatre conditions : elle doit avoir une certaine valeur, être inimitable, non substituable et rare* »¹⁴⁶⁸. La « capacité juridique » ou « *legal astuteness* »¹⁴⁶⁹ de la banque dépend de la qualité et du savoir-faire de ses collaborateurs juristes, mais également de l'attitude de ses dirigeants à l'égard du droit.¹⁴⁷⁰

867. Nécessité de soutenir la fonction juridique. Il ne peut pas y avoir de stratégie juridique réellement compétitive qui miserait uniquement sur la motivation et l'expérience professionnelle des juristes abandonnés à eux-mêmes. Il est nécessaire que les dirigeants soutiennent la fonction juridique, qu'ils mettent en place une communication efficace entre la direction juridique et la direction générale, qu'ils encouragent le développement d'une réelle aptitude chez les non-juristes à gérer et comprendre la dimension juridique des affaires. Ainsi, nous avons montré dans ce chapitre que la mise en place d'une politique de gestion des risques juridiques est loin de reposer uniquement sur les juristes. Une véritable stratégie du management juridique doit être d'une part acceptée et encouragée par les dirigeants de la banque et d'autre part doit reposer sur l'ensemble des salariés, le directeur juridique jouant un rôle primordial dans l'organisation de ce partage des compétences et responsabilités.

¹⁴⁶⁸ Voir A. MASSON, H. BOUTHINON-DUMAS, « L'approche *Law & Management* », *op. cit.* p. 233 et s. : « *Sachant qu'il est difficile de substituer une autre compétence à la compétence juridique et que la rareté en matière de compétence humaine résulte de son caractère non imitable, ces conditions sont remplies, lorsque le mode d'organisation juridique propre à l'entreprise ne peut pas être reproduit par ses concurrents sans supporter un coût exorbitant* ».

¹⁴⁶⁹ C. BAGLEY, « Pour une approche intégrée du droit et de la stratégie », in H.-B. BOUTHINON, A. MASSON (dir.), *Stratégies juridiques des acteurs économiques*, *op. cit.*, pp. 21-72 ; Voir également C. E. BAGLEY, *Winning Legally: How to Use the Law to Create Value, Marshal Resources and Manage Risk*, Harvard Business School Press, 2005, p. 50.

¹⁴⁷⁰ *Ibidem*.

CONCLUSION DU TITRE II

868. Régime juridique des obligations d'information, de mise en garde et de conseil du banquier. En premier lieu, ce titre a mis en évidence le périmètre, les conditions d'existence et d'exécution des obligations d'information, de mise en garde et de conseil du banquier à l'égard de sa clientèle particulière, en soulignant l'utilité de leur distinction en vue d'une meilleure gestion des risques juridiques bancaires.

869. Tendances du droit positif. Nous avons décelé plusieurs tendances dans le développement de ces instruments juridiques. Nous avons d'abord vu que le droit commun des contrats, malgré la création prétorienne de nouvelles obligations accessoires sur le fondement des dispositions existantes, s'est avéré insuffisant et inefficace pour la protection des parties faibles dans une société de consommation. Ensuite, nous avons constaté que la prolifération des obligations d'information spéciales s'explique en partie par l'influence du droit européen, mais aussi par l'absence d'une systématisation des dispositions existantes. Ce chevauchement des textes nuit d'une part à la sécurité juridique et est d'autre part une source de risque juridique pour les établissements bancaires. Puis, nous avons observé que l'affirmation d'une nouvelle obligation de mise en garde a contribué à restreindre le périmètre du devoir de conseil qui incombe désormais, aux termes de la loi, uniquement au banquier prestataire de services d'investissement, étant limité aux ventes conseillées et aux contrats de gestion conseillée.

870. Risques attachés aux obligations d'information, de mise en garde et de conseil du banquier En deuxième lieu, l'ensemble des éléments qui viennent d'être présentés ont montré l'importance de la connaissance, du traitement et de la gestion des risques attachés à ces trois obligations. Nous avons constaté que les risques liés au défaut d'information, de mise en garde et de conseil du banquier à l'égard de sa clientèle particulière sont au cœur de l'activité de gestion des risques juridiques. En principe fréquents et peu coûteux, ces risques peuvent néanmoins s'avérer extrêmement lourds pour un établissement de crédit. La présentation des moyens de traitement et gestion de ces risques juridiques a mis en évidence une réalité qui se doit d'être soulignée : les obligations d'information, de mise en garde et de conseil du banquier sont des instruments juridiques qui peuvent être utilisés en vue d'une meilleure maîtrise des risques juridiques.

871. Rôle des juristes. Par conséquent, le métier de juriste n'est plus uniquement celui de conseiller et de gardien du temple. C'est dorénavant, et pratiquement au même titre, celui d'un gestionnaire de risques : la banque prend des risques juridiques, elle peut les accepter, les éviter ou les limiter. Un même établissement peut utiliser, successivement ou même simultanément, plusieurs de ces stratégies. Mais chacune de ces stratégies a un coût : l'évitement se traduit par la renonciation à des opérations, donc à des revenus, et impliquerait une sélection des clients, la limitation se traduit par des coûts de contrôle, des coûts de mise en place des outils informatiques adaptés, des coûts de formation et, enfin, la stratégie d'acceptation se traduit par l'immobilisation des fonds propres. Chaque stratégie concerne une certaine typologie des risques qui se définit en fonction de son coût et sa fréquence. Si le

coût de certains risques juridiques est faible, la banque acceptera le plus souvent de le couvrir en cas d'évolution défavorable. En revanche, s'il est très élevé, elle n'aura d'autre choix que de l'éviter. De même, si le risque juridique présente une probabilité faible, la banque acceptera en principe de supporter directement le coût, s'il reste raisonnable. En revanche, si la probabilité d'intervention est élevée, elle cherchera à l'éviter ou en tout cas à le réduire. C'est la sensibilité au risque de l'établissement qui déterminera en effet l'adoption de l'une de ces stratégies.

CONCLUSION DE LA DEUXIEME PARTIE

872. Sous l'influence d'une doctrine économique et juridique d'inspiration libérale. Nous avons vu que l'essor des obligations d'information, de mise en garde et de conseil du banquier est intimement lié à une logique économique et juridique d'inspiration libérale, qui met l'accent sur l'amélioration de l'information et l'égalisation des parties par le droit. Nous avons également constaté que ces trois instruments sont l'expression d' « *une exigence accrue de bonne foi dans les relations contractuelles*¹⁴⁷¹, révélatrice de la transformation du droit contemporain des contrats.

873. Obligations autonomes et singulières. Nous avons montré, qu'en dépit des ressemblances des fondements et des règles concernant à la fois la preuve et les sanctions, la distinction des obligations d'information, de mise en garde et de conseil, en matière bancaire, s'impose du fait de leurs objet, contenu, champ d'application et conditions d'existence différents.

« *L'obligation souche est celle d'information* »¹⁴⁷² qui, à la différence de celles de mise en garde et de conseil, suppose « *la transmission d'informations types et impersonnelles* »¹⁴⁷³. Mettre en garde c'est prévenir contre les risques de l'opération envisagée, analysés à la lumière de la situation et besoins personnels du client. C'est, donc, un appel individualisé à l'attention, à la prudence et non pas une obligation de dissuasion. Par conséquent, « *si le client persiste, il le fait à ses risques et périls* »¹⁴⁷⁴. La consécration jurisprudentielle et légale de l'obligation de mise en garde en matière bancaire ne fait plus de doutes. Il est d'ailleurs intéressant d'observer que, suivant une logique qui s'apparente à la théorie des vases communicants, son élargissement s'est accompagné du rétrécissement proportionnel de l'obligation de conseil. Cette dernière a connu une évolution marquée par l'ultra-spécialisation, étant désormais une recommandation personnalisée qui incombe au banquier seulement en deux cas de figures : premièrement, en tant que prestataire de services d'investissement, lorsqu'il est lié à son client par un contrat de gestion « *conseillée* » ou « *assistée* » et, deuxièmement, lorsqu'il propose une assurance de groupe à l'emprunteur.

874. Sous le signe d'une permanente dualité. Nous avons mis en exergue la permanente dualité des obligations d'information, de mise en garde et de conseil du banquier à l'égard de ses clients. En effet, ces instruments juridiques visent la protection du bon fonctionnement du marché bancaire et des clients, tout en étant de véritables contraintes et boucliers, sources de risques juridiques potentiellement très importants et instruments d'une meilleure maîtrise des risques opérationnels. La banque pourra toujours exploiter les limites de ces obligations en sa faveur, pour rechercher une limitation, voire l'exonération de sa responsabilité. De surcroît, l'exécution de l'obligation d'information et de mise en garde assure le transfert des risques de

¹⁴⁷¹ J. GHESTIN, G. LOISEAU et Y.-M. SERINET, *La formation du contrat*, t. 1 *Le contrat – Le consentement*, op. cit., n° 1515.

¹⁴⁷² G. LOISEAU, « E-trading : quelles obligations à la charge de l'intermédiaire financier ? », op. cit.

¹⁴⁷³ *Ibidem*.

¹⁴⁷⁴ *Ibidem*.

l'établissement de crédit vers le client qui, une fois informé et averti, assume seul les conséquences de ses actes de consommation ou d'investissement.

875. Application de la méthodologie de gestion des risques aux obligations d'information, de mise en garde et de conseil. Dans cette deuxième partie, nous avons constaté que les concepts de la gestion des risques sont parfaitement transposables en matière juridique. C'est ce qu'a révélé l'analyse des risques fréquents et extrêmes des obligations d'information, de mise en garde et de conseil du banquier à l'égard de ses clients. Mais, l'intérêt de cette deuxième partie transcende la problématique de l'applicabilité des principes d'identification, évaluation, traitement et gestion des événements redoutés dans le droit bancaire. En effet, c'est l'étude des causes des risques attachés à ces trois obligations qui a été particulièrement féconde. Elle nous a notamment permis de comprendre que l'évolution du droit positif rend nécessaire de procéder, d'une part, à l'introduction d'une obligation d'information précontractuelle dans le Code civil, et, d'autre part, à la systématisation des obligations d'informations spéciales¹⁴⁷⁵.

¹⁴⁷⁵ Voir *supra* n° 795 à 798.

CONCLUSION GENERALE

876. Constats, propositions et positions. Cette thèse ne serait pas complète si au terme de l'analyse osmotique de la gestion des risques et des obligations d'information, de mise en garde et de conseil du banquier, nous ne nous faisons pas part de propositions concrètes sur l'évolution du droit en la matière. Une présentation utile de ces propositions nécessite au préalable de revenir sur une série de constats que nous avons pu établir pendant notre travail.

I. Constats

877. Sur la gestion des risques. Le risque et l'asymétrie d'information sont omniprésents dans le secteur bancaire. La dernière crise économique d'origine financière n'a fait qu'amplifier le besoin d'une information plus accrue des agents économiques et des autorités de contrôle à l'échelle nationale et européenne. Elle a également mis en lumière l'importance des fonds propres des banques et le besoin d'une maîtrise des risques bancaires couverts par ces mêmes fonds. La bonne gestion du risque juridique est donc intimement liée à la solvabilité des banques et à ce titre intéresse de près autorités de tutelle, créanciers et actionnaires. Dans ce contexte un premier constat s'impose : le risque juridique, composante majeure du risque opérationnel, doit être identifié, évalué, traité et géré.

Revenons donc un instant à la théorie du *risk management*. Pour l'introduire, nous sommes partis de l'idée selon laquelle le risque juridique ne se résume pas aux mécanismes utilisés par le droit pour « *corriger les déséquilibres qu'est susceptible d'engendrer la survenance de l'événement redouté dans le souci de satisfaire un besoin de sécurité* »¹⁴⁷⁶. Nous avons mis en avant une approche moderne du risque juridique, résolument orientée vers l'anticipation et la gestion des événements redoutés, qui est celle des mécanismes utilisés par l'entreprise pour prendre en charge les conséquences dommageables provoquées par un litige, mais également par l'ambiguïté, l'excès ou l'insuffisance de la loi ou encore par un revirement jurisprudentiel défavorable. Critiquée par certains auteurs en raison d'une prétendue absence d'incertitude¹⁴⁷⁷, cette conception est au contraire parfaitement adaptée aux nouvelles exigences légales en matière de contrôle interne, de gestion des risques et calcul du capital réglementaire. Elle montre également la mutation profonde subie du rôle fondamental du juriste d'entreprise. Il n'est plus uniquement le conseiller et le gardien du temple. Dorénavant, et pratiquement au même titre, il est aussi un gestionnaire de risques, car la banque prend des risques juridiques. Elle peut utiliser, successivement ou même simultanément, plusieurs stratégies. Ainsi elle peut accepter, éviter ou limiter les risques juridiques. Mais chacune de ces stratégies a un coût : l'évitement se traduit par la renonciation à des opérations, donc à des revenus, et impliquerait une sélection des clients ; la limitation se traduit par des coûts de contrôle et de mise en place des outils informatiques adaptés, ainsi que des coûts de

¹⁴⁷⁶ J. MOURY, *op.cit.*, p. 81.

¹⁴⁷⁷ *Idem*, p. 91.

formation ; enfin, la stratégie d'acceptation se traduit par une plus forte immobilisation des fonds propres.

Est-ce à dire que cette conception du risque juridique intéresse exclusivement la politique interne de l'établissement ? Une réponse affirmative méconnaîtrait la complexité des causes des risques juridiques. On constate en effet que l'application de la théorie du *legal risk management* permet, entre autres, d'identifier les excès, voire les ambiguïtés ou les insuffisances du droit positif.

878. Sur la distinction des obligations d'information, de mise en garde et de conseil du banquier à l'égard de sa clientèle particulière. L'examen du périmètre d'action en droit bancaire et des conditions d'existence de chacune de ses trois obligations a permis de mettre en lumière leur autonomie, bien qu'elles partagent une série de règles communes en matière notamment de preuve et de sanctions en cas de non-respect. Or, si à ce jour la mise en garde se distingue nettement de l'information pure et simple, il convient de souligner que leur évolution dépendra en effet de ce qu'on entendra par « caractéristiques essentielles » du produit ou du service bancaire, qui est l'objet de l'obligation générale d'information précontractuelle consacrée par le droit de la consommation. Nous avons mis en évidence un changement potentiel de conception : en effet lorsque les risques seront assimilés au concept de « caractéristiques essentielles », l'obligation d'information aura vocation à englober le contenu actuel de celle de mise en garde.

879. Sur les similitudes et différences entre le droit français et belge relatives aux obligations d'information, de mise en garde et de conseil. Nous avons observé plusieurs similitudes entre les droits français et belge et - curieusement car ces droits se font en application des mêmes dispositions du Code - quelques divergences. Nous souhaitons désormais expliciter les raisons de ces similitudes et différences.

a) **Similitudes.** Tout d'abord, il convient de remarquer que les droits français et belge ont entrepris de lutter de la même manière contre les risques juridiques générés par l'asymétrie d'information existante entre les banquiers et leurs clients. En effet, le besoin de rééquilibrer le contrat, en protégeant les clients bancaires faibles, a conduit la jurisprudence à créer de nouvelles obligations d'information, de mise en garde et de conseil. Au départ, les juges français et belges, confrontés au silence des textes légaux, ont fondé leurs décisions sur le principe de bonne foi. Ils ont ensuite dû s'adapter à l'affluence des dispositions spéciales du droit de la consommation et du droit européen. Il faut observer également que la création de ces trois obligations, dans les deux pays, traduit en formules juridiques les concepts économiques libéraux et les aspirations d'égalité et de justice contractuelle. Par conséquent, les raisons de cette ressemblance sont multiples. Elles tiennent concomitamment au silence du Code civil napoléonien, (qui demeure le fonds principal du Code civil belge) et à l'influence du droit européen. Nous ne serons donc pas surpris de constater que les obligations d'information, de mise en garde et de conseil ont fait l'objet, dans les deux droits, d'une construction chaotique, par à-coups et sans cohérence d'ensemble. On déplore de ce fait, tant en France qu'en Belgique, une certaine confusion terminologique et un étrange chevauchement des textes. Ce constat illustre bien à cet égard les propos de M. Ph. Malaurie

qui avait à juste titre observé que « *plutôt que vers la simplification, la clarté et la cohérence, le droit de la consommation semble, au moins pour un avenir prévisible, condamné à une complication croissante. La cause majeure en est le droit européen qui depuis 1975 intervient de plus en plus dans la protection du consommateur...* »¹⁴⁷⁸. Si en France l'existence du Code de la consommation et du Code monétaire et financier facilite la lisibilité de nombreuses dispositions en la matière, en Belgique la tâche est encore plus difficile du fait de l'absence d'une telle codification.

b) **Différences.** Il convient d'observer néanmoins que, curieusement, à partir des articles identiques issus du Code civil, les jurisprudences française et belge ont opéré des interprétations et applications divergentes. Ainsi, le juge belge, à l'opposé de son confrère français, et pourtant en application du même article 1315 du Code civil, n'a pas choisi de renverser la charge de la preuve. De la même manière, la responsabilité délictuelle est en Belgique ordinairement retenue pour défaut d'information précontractuelle, alors qu'en France les juges appliquent systématiquement les règles de la responsabilité contractuelle. Si la jurisprudence française, dans un effort de systématisation, a opté pour la consécration d'une obligation de mise en garde clairement autonome et limitée, les juges belges semblent encore l'assimiler à un devoir de conseil. Cependant, il n'en demeure pas moins qu'on constate une tendance prétorienne récente favorable à la distinction des trois obligations. Il s'ensuit que la jurisprudence belge donne l'impression d'une plus grande cohérence avec les principes du Code civil en matière de responsabilité, tout en étant bien plus sévère à l'égard des clients.

880. Sur les facteurs de risque juridique bancaire attaché aux obligations d'information, de mise en garde et de conseil du banquier. Nous avons cherché à identifier, dans la deuxième partie de l'étude, les causes des risques juridiques attachés aux obligations d'information, de mise en garde et de conseil. Au-delà des défaillances internes, nous avons mis en lumière les principales causes externes à l'organisation de l'établissement de crédit. Ces dernières intéressent en effet de près le monde juridique et c'est sur ce point que nous revenons.

a) **Un droit commun insuffisant.** Nous avons vu que les obligations d'information, de mise en garde et de conseil ne sont pas prévues par le Code civil. Elles sont en effet construites de toutes pièces d'abord par la jurisprudence et ensuite par le législateur qui a choisi de ne pas modifier le code civil, mais d'accroître les dispositions du droit spécial. La prolifération des dispositions légales spéciales en la matière illustre l'inefficacité du droit commun face aux enjeux de notre époque.

b) **Des droits spéciaux qui pèchent plus par excès et terminologie fluctuante que par défaut.** De même, nous avons vu que la protection des clients bancaires s'est faite par à-coups et sans cohérence d'ensemble. Sous l'influence consumériste, les droits positifs français et belge semblent pêcher plus par excès et ambiguïté que par défaut. Les excès consistent dans l'inflation législative dépourvue de cohérence. Concernant les ambiguïtés, nous avons vu que

¹⁴⁷⁸ Ph. MALAURIE, « Le droit civil français des contrats à la fin du XXème siècle », in *Mélanges Michel Cabrillac*, Litec, 1999, p. 201.

parfois l'obligation d'information est consacrée par plusieurs textes dans des formules législatives fluctuantes ou qui se superposent partiellement, en créant, d'une part des difficultés d'interprétation quant aux sanctions applicables et, d'autre part, un véritable désarroi quant au choix des textes applicables. En outre, souvent les textes spéciaux sont souvent muets en ce qui concerne les sanctions ou le type de responsabilité. Il nous reste à observer que même si la notion de consommateur est très importante, car les règles du droit de la consommation s'appliquent en fonction de la qualité des parties contractantes, il n'existe en droit français qu'une définition sectorielle du consommateur emprunteur. En droit belge, en revanche, il existe de nombreuses définitions qui créent une certaine confusion. Nous avons enfin constaté que le subjectivisme de la qualification *in concreto* des parties contractantes en faibles et avertie entraîne un manque de prédictibilité en la matière.

II. Propositions

Tirer les conséquences de l'étude de la gestion des risques juridiques attachés aux obligations d'information, de mise en garde et de conseil du banquier, c'est :

881. Plaider pour l'introduction d'une obligation précontractuelle d'information dans le Code civil. Afin de mettre fin à l'incertitude des moyens biaisés utilisés pour sanctionner un défaut d'information sur le fondement du droit commun, il est souhaitable d'introduire une obligation précontractuelle d'information dans le Code civil. Le Code civil doit renouer avec sa raison d'être et redevenir un ensemble de textes vivants et cohérents avec l'évolution de la société, tenant compte de la jurisprudence et de son concurrent qu'est le droit de la consommation. Pour assurer sa survie, le législateur doit se libérer de la crainte de perdre l'harmonie et la sagesse de l'héritage napoléonien et comprendre que le temps du retour aux sources créatives des pères fondateurs est en effet arrivé¹⁴⁷⁹. Ce monument juridique n'aurait jamais existé sans l'osmose de différentes coutumes et règles écrites de l'époque. Il a été le code d'un monde conscient des changements subis¹⁴⁸⁰. Or il devrait rester le code d'un monde qui change encore plus radicalement qu'au temps de Bonaparte. Refuser de s'adapter, c'est courir le risque du déclin et de la désuétude. Dans ce contexte nous ne pouvons que souhaiter l'aboutissement de l'esprit qui anime l'avant-projet de réforme du droit des obligations, ainsi que les autres projets de réforme plus récents en matière d'obligation d'information¹⁴⁸¹. Il

¹⁴⁷⁹ Citons en ce sens les propos tenus il y a des décennies par L. JULLIOT DE LA MORANDIERE, « La réforme du Code civil », *D.* 1948, chr., p. 118 qui expriment en effet cette angoisse de ne pas mieux faire : « mais sommes-nous certains de faire mieux que notre vieux monument qui garde de prestige et qui a permis la naissance d'une doctrine et d'une jurisprudence, dont l'autorité s'étend bien au-delà de nos frontières ? » ; Voir également G. RIPERT, « Le bilan d'un demi siècle de vie juridique », *D.* 1950, chr., p. 1 qui compare les règles du Code civil aux « vieilles maisons un peu lés ardées qui abritent nos vies juridiques. Elles restent habitables et nous les aimons pour y avoir passé notre jeunesse. ».

¹⁴⁸⁰ Il s'agit notamment de l'influence exercée par le droit de la consommation sur le droit civil : D. MAZEAUD, « L'attraction du droit de la consommation » in *Droit du marché et droit commun des obligations*, *RTD com.*, 1998, p. 95.

¹⁴⁸¹ Voir *supra* n° 556.

convient ainsi de rappeler la justesse des propos de M. Pierre Catala qui relevait qu' « *il est temps de rendre au Code civil son rôle de droit commun des contrats, car s'est bien là que se trouve le siège de la matière.* »¹⁴⁸². Mais la réforme du droit des obligations ne pourra être couronnée d'un véritable succès que lorsqu'elle sera accompagnée d'une réforme du droit spécial.

882. Plaider pour la généralisation de l'obligation précontractuelle d'information à l'égard de toute la clientèle de détail du banquier. Pour mettre fin à l'incertitude sur l'étendue de l'obligation précontractuelle d'information du banquier, il faudrait étendre son application à l'égard de toute la clientèle de détail.

a) Destinataires. Nous soutenons ainsi que les destinataires de cette obligation devraient être les clients personnes physiques qui agissent à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de leur activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale, qui sont des consommateurs au sens de la directive 2011/83/UE, ainsi que les personnes morales ou physiques qui ne sont pas des consommateurs au sens de ladite directive, comme les organisations non gouvernementales, les jeunes entreprises ou les petites et moyennes entreprises. Il convient de remarquer que cette clientèle est en effet vulnérable face au banquier, qui est en définitive un professionnel à part, qui a de son côté une direction juridique apte à le conseiller, alors que les petites et moyennes entreprises se trouvent justement dépourvues de ce genre des collaborateurs. Or, prévenir les vices du consentement c'est l'essence même de cette obligation. Par ailleurs, il convient de souligner que nous ne contestons pas le principe selon lequel le client, en bon père de famille, doit se renseigner. Cependant, si en matière civile cette affirmation conserve sa raison d'être, il convient d'observer que transposée au terrain bancaire, elle est en quelque sorte dépourvue de sens. Où le client assumant son rôle de bon père de famille doit-il aller chercher l'information pertinente dont il a besoin ? Dans les traités de droit bancaire ? Dans les traités de droit fiscal ? Ou peut-être dans les encyclopédies juridiques ? Ne serait-il pas plus efficace qu'il aille chercher simplement les informations directement auprès de son banquier ? Par conséquent, l'asymétrie de l'information, presque omniprésente en matière bancaire, en raison de la technicité et des moyens d'opacification du contenu des offres, peut concerner le consommateur comme d'autres clients qui se trouvent dans une situation de vulnérabilité similaire. C'est une réalité que même le professionnel ne devrait pas perdre de vue.

b) Justifications. Tout d'abord, nous considérons qu'il est opportun de tenir compte des tendances actuelles de la législation européenne en matière de protection des consommateurs et des investisseurs. Ainsi, comme nous l'avons déjà dit, le législateur européen permet aux Etats membres d'étendre l'application des règles de la directive 2011/83 aux personnes morales ou physiques qui ne sont pas des «consommateurs», indiquant à titre d'exemple justement les organisations non gouvernementales, les jeunes entreprises et les PME¹⁴⁸³. En outre, la directive MIF institue une protection renforcée de la clientèle de détail, qui se définit en creux, comme étant celle composée des clients qui ne sont ni des professionnels

¹⁴⁸² P. CATALA, « Entretien » in *JCP G*, 2005, I, n° 170, p. 1739.

¹⁴⁸³ Voir *supra* n° 796.

(notamment les grandes entreprises), ni des contreparties éligibles (notamment les établissements de crédit, les compagnies d'assurance et les fonds de retraite). Par conséquent, selon la directive MIF, la catégorie des clients de détail regroupe des personnes physiques ou morales qui ne possèdent pas l'expérience, les connaissances et l'expertise suffisantes pour prendre eux-mêmes des décisions d'investissement et qui ne peuvent pas évaluer adéquatement les risques qu'ils encourent¹⁴⁸⁴. Dans cette perspective, la proposition d'étendre l'obligation d'information précontractuelle du banquier à l'égard de toute sa clientèle de détail est en parfaite cohérence avec le droit européen en vigueur à ce jour.

Ensuite, l'extension de la protection du consentement par le biais d'une obligation d'information n'est pas incompatible avec le bon fonctionnement du marché. Au contraire, elle est censée accroître la transparence du marché. Or, dans ce contexte, l'érosion des frontières entre les catégories des investisseurs, visible depuis l'entrée en vigueur de la directive MIF (et encore plus notoire dans les propositions de modification de celle-ci¹⁴⁸⁵), ainsi que la technique d'ouverture constatée dans la directive 2011/83/UE du Parlement européen et du Conseil où l'on prévoit explicitement que chaque Etat membre peut retenir une conception plus large de la notion de consommateur, ne font que confirmer le bien fondé de notre démarche.

Enfin, il convient de pallier à l'écueil des distinctions catégorielles dont l'applicabilité reste problématique pour la gestion des risques juridiques. Le droit positif impose une obligation d'information à l'égard des consommateurs, des profanes, des investisseurs non-professionnels, c'est-à-dire à l'égard de tous ceux qui ignorent légitimement les informations. Mais on constate que le législateur a fait le choix d'imposer une présomption irréfragable d'ignorance vis-à-vis des consommateurs, même si l'on n'exclut pas l'hypothèse qu'un client susceptible d'entrer dans la catégorie de consommateur soit en possession de l'information. La même solution s'applique à l'investisseur de détail, d'autant plus que la loi autorise l'interchangeabilité des catégories. Uniformiser et généraliser l'obligation d'information à l'égard toute la clientèle particulière revient donc à réduire l'incertitude, mieux maîtriser les risques juridiques, et *in fine* diminuer les coûts pour les banques : l'exemple même de la situation gagnant-gagnant. « *Informez-vous les uns les autres* » devrait être en effet la devise de la protection du consentement en droit spécial, dès lors que l'un des contractants est un professionnel à part tel que le banquier. Elle ferait ainsi écho à la règle du droit commun des contrats suivant laquelle les cocontractants doivent se comporter de bonne foi les uns envers les autres, sans distinction catégorielle, entre faible et forts.

c) Méthode. Cette proposition d'application généralisée devrait être accompagnée par l'adoption d'un texte unique, intégré dans la partie législative du Code monétaire et financier,

¹⁴⁸⁴ Voir *supra* n° 751 et ss.

¹⁴⁸⁵ Voir *supra* n° 603 qui fait référence aux propositions suivantes: COM(2011) 656 final, 20 octobre 2011, Proposition de directive concernant les marchés d'instruments financiers, abrogeant la directive 2004/39/CE du Parlement européen et du Conseil (refonte) et COM(2011) 652 final, du 20 octobre 2011, Proposition de règlement du Parlement Européen et du Conseil concernant les marchés d'instruments financiers.

dans le préambule du Livre III, harmonisant toutes les obligations précontractuelles d'information du banquier. La technique utilisée par les travaux européens pour imposer des règles communes aux contrats de vente¹⁴⁸⁶ et par la directive 2011/83 en matière d'harmonisation des contrats de consommation à distance devrait fournir les bases nécessaires pour élaborer une telle réforme du droit spécial. Mais de tels changements ne pourront atteindre la finalité poursuivie sans une clarification terminologique en la matière.

883. Plaider pour l'introduction de définitions nouvelles dans le Code de la consommation et le Code monétaire et financier

Poursuivant notre raisonnement, et tenant compte de l'influence réciproque entre le droit commun et le droit de la consommation, il convient de s'interroger sur les frontières de l'application du droit de la consommation à la matière bancaire. Jusqu'où va cette contamination ? Peut-on évoquer un « consommateur bancaire » ? Dans l'affirmative, quel est alors son portrait ? Est-ce à dire que toute personne physique qui, dans les contrats visés par la législation bancaire et financière, agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité professionnelle est un consommateur ? Quid alors des investisseurs, des épargnants et des petits entrepreneurs ?

Ces interrogations mettent en évidence le besoin d'une clarification des concepts en matière bancaire. En effet, il est surprenant de constater que l'application d'une multitude d'obligations incombant au banquier dépend de la qualité de son cocontractant et que cette même qualité n'est nullement définie (à la seule et remarquable exception du consommateur de crédit). Or, cela rend difficile l'analyse des risques juridiques bancaires qui est cruciale pour le calcul du capital réglementaire des banques et qui fait l'objet du contrôle exercé par les autorités de surveillance européennes et nationales. Le législateur devrait définir les différentes sous-catégories de la clientèle particulière du banquier, à partir des modèles fournis par le droit de la consommation¹⁴⁸⁷, pour doter le droit spécial bancaire de la cohérence à laquelle on aspire légitimement. Cela offrirait les qualifications juridiques nécessaires pour une meilleure maîtrise des risques juridiques attachés aux obligations d'information, de mise en garde et de conseil. Or, la situation juridique actuelle est troublée par la confusion des considérations subjectives, catégorielles, marquées par le chevauchement des textes et le subjectivisme des appréciations *in concreto*.

884. Plaider pour une approche pragmatique du rôle du juriste pour qu'il devienne un stratège. Le juriste exerçant dans une banque est souvent confronté à la question suivante des opérationnels : « *combien coûterait une telle approche... ?* ». Et, le plus souvent, il lui revient l'ingrate mission de présenter les dispositions législatives comme étant un obstacle insurmontable et ainsi devoir répondre : « *C'est tout simplement impossible !* ». Mais cette étude a montré que pour éviter cet écueil, le juriste doit adopter la stratégie des scénarios. Il

¹⁴⁸⁶ COM (2011) 635 final : Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on a Common European Sales Law.

¹⁴⁸⁷ Voir en ce sens la définition du consommateur proposée par la directive 2011/83/UE, précitée ; voir la définition du consommateur proposée en France par le Projet de loi relatif à la consommation, n° 1015, déposé le 2 mai 2013 qui reprend la définition européenne.

doit présenter les conséquences de l'imbrication de différents paramètres et mettre en garde la direction sur les risques encourus. Ainsi, convaincre les banquiers-décideurs de financer la mise en place de tous les outils nécessaires au rééquilibrage de l'asymétrie de l'information sera chose plus aisée pour le juriste si celui-ci présente les avantages pour la banque (en matière d'économies de fonds propres à long terme, de maîtrise des risques, de diminution des coûts à long terme, de réputation, etc.) que s'il insiste sur les avantages des clients parties faibles (leur meilleure information, leur plus grande liberté du choix etc.) et les contraintes insurmontables des dispositions législatives. A cet effet, les juristes doivent maîtriser la technique de l'analyse des risques afin de pouvoir présenter différents scénarios de risques calculés, sans exclure la possibilité des risques acceptés, tout en présentant les avantages et inconvénients pour la banque. En opérant ce type de raisonnement, on parviendra au développement, par ricochet, du sentiment d'altruisme... certainement intéressé, mais d'une grande utilité pour toutes les parties¹⁴⁸⁸.

III. Positions

885. Le risque juridique bancaire est une composante majeure du risque opérationnel et doit être couvert par des fonds propres.

886. La gestion du risque juridique est complexe et difficile en raison de l'incertitude des facteurs internes et externes du risque. Ces facteurs comprennent notamment l'incertitude générée par l'approche casuistique adoptée par la jurisprudence; les revirements jurisprudentiels, l'absence de données chiffrées concernant notamment le coût d'un procès, les montants moyens d'indemnisation, etc.

887. Les obligations d'information, de mise en garde et de conseil sont à la fois un bouclier et une contrainte pour le banquier.

888. Les obligations d'information, de mise en garde et de conseil du banquier permettent une meilleure gestion du risque opérationnel. Elles incitent les établissements à prendre les

¹⁴⁸⁸Cette stratégie nous rappelle le discours d'Adam SMITH, *Théorie, op. cit.*, p. 259-260 : « (...) si vous souhaitez implanter la vertu publique dans le cœur de celui qui paraît peu soucieux de l'intérêt de son pays, il serait le plus souvent sans effet de lui dire de quels avantages supérieurs jouissent les sujets d'un Etat bien gouverné, qu'ils sont mieux logés, mieux vêtus, mieux nourris. Ces considérations ne feront communément guère impression sur lui. Vous serez plus à même de le persuader si vous décrivez le grand système de la police publique qui procure ces avantages, si vous expliquez les rapports et la dépendance de ses différentes parties, leur mutuelle subordination et leur commune soumission au bonheur de la société ; si vous lui montrez comment ce système peut être introduit dans son propre pays, ce qui l'empêche d'y prendre place à présent, comment ces obstacles peuvent être levés, et comment les différents rouages de la machine du gouvernement peuvent être mus avec plus d'harmonie et de douceur sans qu'ils grincent les uns contre les autres ou retardent leur mouvements respectifs. ».

mesures nécessaires pour protéger les clients, et sont à moyen et long terme une source de gain et d'enrichissement, en opérant un transfert des risques, en contribuant à la captation et la fidélisation des clients et, enfin, en contribuant à une économie de fonds propres.

889. Il convient de systématiser les instruments juridiques qui remédient à l'asymétrie informationnelle dans le droit positif. A cet effet, nous soutenons l'initiative des différents projets de réforme du droit des contrats français qui vise l'introduction d'une obligation précontractuelle d'information dans le Code civil.

890. Nous plaidons également pour la reconnaissance du caractère général de l'obligation d'information précontractuelle du banquier à l'égard de sa clientèle de détail. Il est nécessaire d'opérer une refonte des différentes dispositions législatives instaurant des obligations précontractuelles d'information en droit bancaire, en introduisant dans le Code monétaire et financier un article, à double finalité : la généralisation et l'harmonisation de l'obligation d'information à l'égard de la clientèle de détail.

891. Il serait souhaitable et bénéfique pour la gestion des risques juridiques de fixer les frontières exactes entre les diverses sous-catégories de clientèle particulière du banquier, en définissant de manière générale le consommateur bancaire, l'épargnant et l'investisseur.

Bibliographie

I. Traités, manuels et ouvrages généraux

- BEGNIER, B., *Droit des assurances*, Montchrestien, coll. « Domat-Droit privé », 2011
- BENABENT, A., *Droit civil. Les obligations*, Montchrestien, 12^e éd., 2010
- BARTHEZ, A.-S. et HOUTCIEFF, D., *Les sûretés personnelles*, J. GHESTIN (dir.), *Traité de droit civil*, LGDJ, 2010
- BIGOT J., (dir.), *Traité de droit des assurances*, t. 4, *Les assurances de personnes*, LGDJ, 2007
- BONNARD, J., *Droit des assurances*, Litec, coll. « Objectif Droit-Cours », 2012
- BONNEAU, Th., *Droit bancaire*, LGDJ, 10^e éd., 2013
- CABRILLAC, R., *Droit des obligations*, 10^e éd., Dalloz, coll. « Cours », 2012
- CALAIS-AULOY, J., TEMPLE, H., *Droit de la consommation*, Dalloz, Précis, 8^e éd., 2010
- CAPITANT, H. TERRE, F. et LEQUETTE, Y., *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, 11^e éd., Dalloz
- CARBONNIER, J., *Droit civil, Introduction*, PUF, coll. « Thémis », 27^e éd. refondue, 2002
- CARBONNIER, J., *Droit civil, Les biens. Les obligations*, tome 2, PUF, 2004
- CARBONNIER, J., *Droit civil, Les obligations*, tome 4, PUF, 21^e éd. refondue, 1998
- CARBONNIER, J., *Droit civil, Les obligations*, tome 4, PUF, 22^e éd. refondue, 2000
- CARTOU, L. et al. *L'Union européenne*, Dalloz, 5^e éd., 2004
- CLERGERIE, J.-L., GRUBER, A., RAMBAUD, P., *L'Union européenne*, 9^e édition, Dalloz, 2012
- COIPEL, M., *Eléments de théorie générale des contrats*, préface de P. VAN OMMESLAGHE, éd. Story Scientia, 1999
- COURET, A. et al., *Droit financier*, Dalloz, 2^e éd., 2012
- DE PAGE, H., *Traité élémentaire de droit civil belge*, tome III, Bruylant, Bruxelles, 1967
- DEMOGUE, R., *Les notions fondamentales du droit privé. Essai critique*, réimpression de l'édition de 1911, Editions La mémoire du droit, 2001
- DEMOGUE, R., *Traité des obligations en général*, t. VI, Rousseau, Paris, 1931
- FABRE-MAGNAN, M., *Droit des obligations*, t. 1 *Contrat et engagement unilatéral*, PUF, coll. « Thémis », 3^e éd., 2012
- FAGES, B., *Droit des obligations*, LGDJ, coll. « Manuel » 4^e éd., 2013
- FARJAT, G., *Droit privé de l'économie, Théorie des obligations*, PUF, coll. Thémis- droit, 1975
- FLOUR, J., AUBERT, J.-L., SAVAUX, E., *Droit civil. Les obligations*, t. 1, *L'acte juridique*, Sirey, 15^e éd., 2012
- FLOUR J., AUBERT, J.-L., *Droit civil. Les obligations. t. 2, Le fait juridique*, 13^e éd., Dalloz, Sirey, 2009
- FLOUR, J., AUBERT, J.-L., SAVAUX, E., *Droit civil, Les obligations*, t. 3. *Le rapport d'obligation*, Sirey, 7^e éd., 2011
- GAVALDA, CH., STOUFFLET, J., *Droit bancaire*, Litec, 8^e édition, 2008
- GHESTIN, J., JAMIN, Ch., BILLIAU, M., *Les effets du contrat*, J. GHESTIN (dir.), *Traité de droit civil*, LGDJ, 3^e éd., 2001
- GHESTIN, J., *Traité de droit civil, Les obligations, La formation du contrat*, LGDJ, 3^e éd., 1992
- GHESTIN, J., BILLIAU, M., *Les effets du contrat*, LGDJ, 3^e éd., Paris, 2001
- GHESTIN, J., BILLIAU, M., LOISEAU, G., *Traité de droit civil. Le régime des créances et des dettes*, LGDJ, 2005
- GHESTIN, J., LOISEAU, G., SERINET, Y.-M., *La formation du contrat*, t. 1 *Le contrat –Le consentement*, J. GHESTIN (dir.), *Traité de droit civil*, LGDJ, 4^e éd., 2013
- GHESTIN, J., LOISEAU, G., SERINET, Y.-M., *La formation du contrat*, t. 2 *L'objet et la cause –Les nullités*, J. GHESTIN (dir.), *Traité de droit civil*, 4^e éd., 2013
- GROUDEL, H., *Droit des assurances*, Dalloz, coll. « Mémentos », 2011
- HUET, J., *Traité de droit civil, Les principaux contrats spéciaux*, LGDJ, 2^e éd., 2001
- JOUNO, Th. (dir.), *Questions européennes. Le droit et les politiques de l'Union*, préface de Pascal Lamy, PUF, 2009

- LAMBERT-FAIVRE, Y., LEVENEUR, L., *Droit des assurances*, Dalloz, coll. « Précis », 2011
- LAROMBIERE, M. L., *Théorie et pratique des obligations*, vol. I, Paris, 1885
- LARROUMET, C., *Droit civil*, t. III, *Les obligations. Le contrat*, Economica, 6^e éd., 2007
- LE TOURNEAU, Ph., (dir.), *Droit de la responsabilité et des contrats. Régimes d'indemnisation*, Dalloz Action, 9^e éd., 2012
- LOUSSOUARN Y., LAGARDE, P. (dir.), *L'information en droit privé*, LGDJ, bibl. dr. priv., 1978
- MACKAY, E., ROUSSEAU, S., *Analyse économique du droit*, 2^e éd., Dalloz, 2008
- MALAURIE, Ph., AYNES, L., GAUTIER, P.-Y., *Les contrats spéciaux*, Défrénois, 4^e éd., 2009
- MALAURIE, Ph., AYNES, L., STOFFEL-MUNCK, P., *Droit civil. Les obligations*, Defrénois, 5^e éd., 2011
- MARLY, P.-G., RUOL, V., *Droit des entreprises d'assurances*, RB éd., coll. « Droit Fiscalité », 2011
- MARLY, P.-G., *Droit des assurances*, Dalloz, coll. « Cours », 2013
- MATTOUT, J. P., *Le droit bancaire international*, 4^e éd., RB éd., 2009
- MAYAUX, L., *Les grandes questions du droit des assurances*, LGDJ, 2011
- MAZEAUD, H., MAZEAUD, L., MAZEAUD, J., CHABAS, F., *Leçons de droit civil*, Tome II, premier volume, *Obligations – théorie générale*, 9^e éd. par F. CHABAS, Montchrestien, 1998
- MESTRE, J., RODA, J.-C., *Les principales clauses des contrats d'affaires*, Lextenso, 2011
- PLANIOL, M., RIPERT, G., *Traité pratique de droit civil français*, t. VI, *Les obligations*, 2^e éd. par ESMEIN, LGDJ, 1952
- PLANIOL, M., RIPERT, G., ESMEIN, P., *Traité pratique de droit civil français*, t. VI, *Les obligations*, Première partie, Paris, 1930
- PUTTEMANS, A., (dir.), *Le droit de la consommation dans le nouveau Code de droit économique*, Bruylant, Bruxelles, 2014
- SALEILLES, R., *De la déclaration de volonté*, Pichon, 1901
- SAUPHANOR-BROUILLAUD N., POILLOT, E., AUBERT DE VINCELLES, C. et BRUNAUX, G., *Les contrats de consommation - Règles communes*, J. GHESTIN (dir.), *Traité de droit civil*, LGDJ, 2012
- SERIAUX, A., *Droit des obligations*, PUF, coll. « Droit fondamental », 1992
- SOUSI-ROUBI, B., *Droit bancaire européen*, Dalloz, coll. « Précis », 1995
- STARCK, B., ROLAND, H., BOYER, L., *Droit civil, Les obligations, Contrat*, 6^e éd., Litec, 1998
- TERRÉ, F., LEQUETTE, Y., *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, 11^e éd., Dalloz, 2000,
- TERRE, F., SIMLER, Ph., LEQUETTE, Y., *Droit civil. Les obligations*, Dalloz, coll. « Précis », 10^e éd., 2009
- TILLEMANN, B., VERBEKE, A., VERKINDT, P.-Y., *Droit des contrats : France, Belgique*, vol.2, Larcier, Bruxelles, 2006
- VAN OMMESLAGHE, P., *Droit des obligations*, Bruylant, Bruxelles, 2010, pp. 214-216.
- VANWIJCK-ALEXANDRE, M., WERY, P. (dir.), *Le processus de formation du contrat*, Larcier, Commission Université-Palais, Université de Liège, 09/2004, vol. 72
- VINEY, G., *Introduction à la responsabilité*, J. GHESTIN (dir.), *Traité de droit civil*, LGDJ, 3^e éd., 2008
- VINEY, G., *Traité de droit civil, Introduction à la responsabilité, évolution générale, responsabilité civile et responsabilité pénale, responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle*, LDGJ, 2^e éd., 1995
- WERY, P., *Droit des obligations*, vol. I, *Théorie générale du contrat*, Larcier, Bruxelles, 2010

II. Ouvrages spécialisés

- AIT BIHI, A., *Le niveau des fonds propres entre la théorie financière et la réglementation prudentielle : une revue de la littérature*, Institut de Recherche en Gestion des Organisations (IRGO), Groupe Banque de l'équipe de recherche « Entreprises familiales et financières », Université Montesquieu, Bordeaux IV
- ANDRE-DUMONT, E. MALHERBE, J.-CH., *Vers une compliance maîtrisée. De la pression réglementaire à l'opportunité*, Bruxelles, 2009
- BACHOFEN, B., *Le libéralisme au miroir du droit. L'Etat, la personne, la propriété*, ENS Editions, Lyon, 2008
- BARADUC, E., *Le traitement juridique et judiciaire de l'incertitude*, Dalloz, 2008
- BASLE, M., *Histoire des pensées économiques. Les fondateurs*, 1er volume, Sirey, 1988
- BAUDRILLARD, J., *La société de consommation : ses mythes, ses structures*, préf. de J.P. Mayer, Gallimard, coll. « Idées », 1970,
- BENABOU, V.-L., CHAGNY, M., *La confiance en droit privé des contrats*, Dalloz, 2008
- BERTHIER, J.-F., *Les risques financiers de l'entreprise*, Liaisons, coll. Finance opérationnelle, 1992
- BESSIS, J., *Management in Banking*, John Willey&Son Ltd, England, 2002
- BIDAUD, V. H., BIGNON, P., CAILLOUX, J.-P., *La fonction juridique et l'entreprise*, Eska, 1995
- BIZIOU, M., *Adam Smith et l'origine du libéralisme*, PUF, 2003
- BLACHE, D., *Le droit bancaire des Etats-Unis : le modèle pour l'Europe bancaire ?*, édition Revue Banque, 2006
- BLACHE, D., *La régulation des banques de l'Union Européenne face à la crise*, préf. de TH. FRANCO, éd. Revue Banque, 2009
- BOISSEAU, B., SAYAG, C., *Déontologie et droit des activités financières au Royaume-Uni*, édition Montchrestien, collection Finance et société, 1996
- BONNEAU, TH., *Droit bancaire*, 7^e éd., Montchrestien, 2007
- BONNEAU, TH., *Droit bancaire*, 9^e éd., Montchrestien, 2011
- BONNEAU, TH., DRUMMOND, F., *Droit des marchés financiers*, Economica, 2001
- BOUCHET, M.-H., GUILHON LE FRAPER DU HELLEN, A., *Intelligence économique et gestion des risques*, Pearson Education France, 2007
- BOUDGHENE, Y. et DE KEULENEER, E. *Pratiques et techniques bancaires*, Larcier, coll. « Cahiers financier » sous la dir. de B. COLMANT, Bruxelles, 2013
- BOURDEAUX, G., *Le crédit acheteur international. Approche française et comparative*, préf. E. SCAEFFER, Economica, 1995
- BOURGOIGNIE, TH. (dir.), *Regards croisés sur les enjeux contemporains du droit de la consommation*, textes de conférences, Yvon Blais, Canada, 2006
- BOURGOIGNIE, TH., *Eléments pour une théorie du droit de la consommation au regard des développements du droit belge et du droit de la Communauté économique européenne*, Edition Story Scientia, Bruxelles, 1988
- BOUSQUET, G. H., *Essai sur l'évolution de la pensée économique*, 1927
- BOUTHINON, H.-B. et MASSON, A. (dir.), *Stratégies juridiques des acteurs économiques*, Larcier, Bruxelles, 2012
- CAHUC, P., *La nouvelle microéconomie*, La Découverte, Repères, 1993
- CALAIS-AULOY, J., *Propositions pour un nouveau droit de la consommation*, Doc. Fr., 1985
- CALMES, S., *Du principe de protection de la confiance légitime en droit allemand, communautaire et français*, Dalloz, 2001
- CARBONNIER, J., *Flexible droit*, LGDJ, 10e éd., 2001
- CATILLON, V., *Le droit dans les crises bancaires et financières*, LGDJ, 2011
- CHAMPAUD, C. et DANET, D., *Stratégies judiciaires des entreprises*, Dalloz, 2006
- CHAMPAUD, C., *Manifeste sur la doctrine de l'entreprise*, préf. H. BOUTHINON-DUMAS et A. MASSON, Larcier, 2011
- CHARBONNIER, J., *Le risk management, Méthodologie et pratiques*, L'Argus de l'assurance, 2007
- CHAROLLES, V., *Le libéralisme contre le capitalisme*, Fayard, 2006

- COLLARD, CH., ROQUILLY, C., *La performance juridique : pour une vision stratégique du droit dans l'entreprise*, LGDJ, 2010
- COLLARD, CH., DELHAYE, C., LOOSDREGT, H.-B. et al., *Risque juridique et conformité : manager la compliance*, Lamy, 2011
- DABIN, L., *Régime juridique des marchés financiers et des valeurs mobilières*, 2^e éd, Larcier, 2011
- DAOUD, E., *Gérer le risque pénal en entreprise*, Lamy, 2011
- DAUNIZEAU, J.-M., LEIMBACH, M., *Contrôle des risques : mieux comprendre les fonctions juridiques et de conformité*, Revue Banque, 2011, préf. de J.-P. MATTOUT
- DE COURCELLES D. et al, *L'obligation de conformité des établissements de crédit et des entreprises d'investissement*, Bruylant, coll. « Les dossiers de Secure Finance », 2006
- DE WASSEIGE, Y., *Comprendre l'économie politique*, Editions Couleur Livres, Bruxelles, 2005
- DEFFAINS, B., LANGLAIS, E., *Analyse économique du droit*, éd. De Boeck, 2009
- DENIS, H., *Gérer les catastrophes, L'incertitude à apprivoiser*, Presses de l'Université de Montréal, 1993
- DIETSCH, M., PETEY, J., *Mesure et gestion du risque de crédit dans les institutions financières*, 2^eème édition, Revue Banque, 2008
- DIEUX, X., FORIERS, P.-A., VAN OMMESLAGHE, P., *Les obligations contractuelles*, éd. du Jeune Barreau de Bruxelles, 2000
- DUMEZ, H., JEUNEMAITRE, A., *La concurrence en Europe*, Editions du Séuil, 1991
- DURKHEIM, E., *De la division du travail social*, I, 4^e éd, PUF, coll. « Quadrige », 1994
- ETIER, G., *Du risque à la faute : évolution de la responsabilité civile pour le risque du droit romain au droit commun*, Schulthess & Bruylant, Genève-Bruxelles, 2006
- F. TERRE, *Pour une réforme du droit des contrats: réflexions et propositions d'un groupe de travail*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2009
- FAGNART (dir.), J.-L., *Bancassurfinance*, Coll. « De la Faculté de droit de l'U.L.B. », Bruxelles, Bruylant, 2005
- FAVEREAU, O., « Qu'est-ce qu'un contrat ? La difficile réponse de l'économie », in Ch. JAMIN (dir.) *Droit et Economie*, LGDJ, coll. « Droit et économie », 2008
- FAVIER, J., *De l'or et des épices*, Fayard, 1987
- FERREY, S., *Une histoire de l'analyse économique du droit*, Bruylant, 2008
- FOUCHER, K., *Principe de précaution et risque sanitaire : recherche sur l'encadrement juridique de l'incertitude scientifique*, L'Harmattan, 2002
- GANDOLFI, G. (dir.) Académie des privatistes européens, *Code européen des contrats*, Avant-projet, Milan, 2004
- GAUCHET, M., *La crise du libéralisme*, Gallimard, 2007
- GLANSDORFF, F., *Les obligations d'information, de renseignement, de mise en garde et de conseil*, Larcier, collection Commission Université-Palais (CUP), Bruxelles, 2006, vol. 86
- GRARD, L., KAUFFMANN, P., *L'Europe des banques – approches juridiques et économiques*, A. Pédone, 2010
- GRUA F., *Les contrats de base de la pratique bancaire*, Litec, 2000
- HARNAY, S., MARCIANO A., *Richard A. Posner : l'analyse économique du droit*, Michalon, 2003
- HARTZ, L., *Histoire de la pensée libérale aux Etats-Unis*, Economica, 1995
- HÜBNER, G., MICHEL, P.-A., SERVAIS, M., *Valeur et risque des brevets pour les biotechnologies*, Larcier, Bruxelles, 2003
- HULL, J., *Gestion des risques et institutions financières*, Pearson Education France, 2007
- JEFFERS, E., PASTRE, O., *Economie bancaire*, Economica, 2007
- JIMENEZ, C., MERLIER, P., CHELLY, D., *Risques opérationnels – De la mise en place du dispositif à son audit*, RB éd., 2008
- KEREBEL, P., *Management des risques : inclus secteurs banque et assurance*, Eyrolles-Editions d'Organisation, 2009
- KERMISCH, C., *Techniques et philosophies des risques*, éd. Vrin, 2007
- KHAROUBI, C., THOMAS, PH., *Analyse du risque de crédit*, édition Revue Banque, Paris, 2013
- KIRAT, T., *Economie et droit du contrat administratif : l'allocation des risques dans les marchés publics et les délégations de service public*, La documentation française, 2005

- KIYINDOU, A., MATHIEN, M., ALBERT, P. et al., *Evolution de l'économie libérale et liberté d'expression*, Bruylant, Bruxelles, 2007
- KLETZLEN, A., *Evaluation du risque et prévention de la criminalité dans le processus législatif*, Guyancourt : Centre de Recherches Sociologiques sur le Droit et les Institutions Pénales, 2000
- KORNHAUSER, L., *L'analyse économique du droit. Fondements juridiques de l'analyse économique du droit*, éd. Michel Houdiard, 2010
- KOVAR, J. –P., LASSERRE-CAPDEVILLE, J., *Droit de la régulation bancaire*, Revue Banque, 2012
- LAGADEC, P., *La civilisation du risque*, Le Seuil, 1981
- LAGARDE, X., *L'endettement des particuliers. Etude critique*, LGDJ, Paris, 1999
- LAGORGETTE, J., *Le fondement du droit et de la morale. Fonction et genèse des idées de droit et de devoir*, Editions V. Giard & E. Brière, Paris, 1907
- LAURENT, A., *Le libéralisme américain. Histoire d'un détournement*, Les Belles Lettres, 2007
- LE BRETON, D., *Sociologie du risque*, PUF « Que sais-je ? », 2012
- LEGEAIS, D., *Sûretés et garanties du crédit*, 3e éd., LGDJ, 2002
- LEVY-BRUHL, H., *Sociologie du droit*, PUF, coll. « Que sais-je ? », 6e éd., 1981
- LOMBARDINI, C., *Droit bancaire suisse*, 2e éd., Schulthess, Editions Romandes, Genève, 2008
- MANKIW, G. N., TAYLOR, M. P., *Les principes de l'économie*, traduction de la 2^e éd. anglaise par E. Tosi, préf. de P. DEHEZ, 2^e éd. européenne, De Boeck, 2011
- MARCH, J. G., SIMON, H. A., *Les organisations*, traduit par J.C. Rouchy et G. Prunier ; préface de M. Crozier, 2e éd., Dunod, 1971
- MASSON, A., (dir.), *Les stratégies juridiques des entreprises*, Larcier, Bruxelles, 2009
- MBENGUE, M. M., *Essai sur une théorie du risque en droit international public : l'anticipation du risque environnemental et sanitaire*, Pedone, 2009
- MC CORMICK, R., *Legal risk in the financial market*, second edition, Oxford, 2010
- METAYER, Y., HIRSCH, L., *Premiers pas dans le management des risques*, Afnor, 2007
- MOUNTOUSSE, M., *Théories économiques*, Bréal, 1999
- MOUREAU, N., RIVAUD –DANSET, D., *L'incertitude dans les théories économiques*, La Découverte, 2004
- MOUSSERON, J.-M., *Technique contractuelle*, Francis Lefebvre, 3e éd., 1998
- NOIVILLE, CH., *Du bon gouvernement des risques*, PUF, 2003
- OGIEN, D., *Comptabilité et audit bancaires*, 3^e éd., Dunod, 2011
- OGUS, A., FAURE, M., *Economie du droit : le cas français*, éd. Panthéon-Assas, 2002
- PERELMAN, C., VANDER ELST, R. (dir.), *Les notions à contenu variable en droit*, Bruylant, Bruxelles, 1984
- PICARD, E., *Les constantes du Droit*, Flammarion, 1921
- PICHET, E., *Adam Smith, le père de l'Economie*, Les Editions du Siècle, Chatou, France, 2003
- POSNER, R., *Economic Analysis of Law*, 6th ed., Aspen, 2003
- PRADIER, P.-C., *La notion de risque en économie*, La Découverte, 2006
- RAIMBOURG, P., BOIZARD, M. et al., *Ingénierie financière, fiscale et juridique*, Dalloz, 2009
- RAVILLON, L. (dir), *Gestion et partage des risques dans les projets spatiaux : questions d'actualité*, Société française de droit aérien et spatial. Commission spatiale, Pedone, 2008
- RINI, R., *La responsabilité des autorités de surveillance bancaire en Europe, Etude comparée du droit suisse et des droits allemand, anglais et français dans le contexte de l'Union européenne*, Schulthess, 2008
- RIPERT, G., *La règle morale dans les obligations civiles*, LGDJ, 4^e éd, 1949
- RIPERT, G., *Le régime démocratique et le droit civil moderne*, Paris, 1935
- ROUTIER, R., *Obligations et responsabilité du banquier*, 3^e éd., Dalloz, 2011
- ROUTIER, R., *Obligations et responsabilités du banquier*, 2^e éd., Dalloz, 2008
- SAISON, J., *Le risque médical : évolution de la responsabilité sans faute du service public hospitalier*, L'Harmattan, 1999
- SAVATIER, R., *Les Métamorphoses économiques et sociales du droit privé d'aujourd'hui – Troisième série : approfondissement d'un droit renouvelé*, Dalloz, 1959
- SCHICK, P., VERA, J., BOURROUILH-PAREGE, O., *Audit interne et référentiels de risques*, préf. de S. BARANGER, Dunod, 2010

- SCHUMPETER, J. A. *Histoire de l'analyse économique*, trad. sous la direction de J. C. Casanova, Gallimard, 1983
- SEN, A., *L'économie est une science morale*, La Découverte, 2003,
- SERRES, J.-C., *Manager dans l'incertitude. Gestion des risques maximum !*, éd. Afnor, 2006
- SERRES, J.-C., *Managers osez le management par les risques !*, Afnor, 2009
- SHAVELL, S., *Foundations of Economic Analysis of Law*, Harvard University Press, 2003
- SIMON, H. A., *Administration et processus de décision*, traduction par P.-E. Dauzat, Economica, 1983
- SISMONDE DE SISMONDI, J.-C.-L., *Nouveaux principes d'économie politique ou de la richesse dans ses rapports avec la population*, Calmann-Lévy, 1971
- SMITH, A., *Recherches sur la nature et les causes de la richesse des nations*, Gallimard, coll. « Folio Essais », 1990
- SPENTAS, G.-N., *Organisation et contrôle du crédit bancaire en France*, Sirey, 1953
- SPINDLER, J. (dir.), *Contrôle des activités bancaires et risques financiers*, Economica, 1998
- STERN, P., SCHOETTL, J.-M., *La boîte à outils du management*, Dunod, 2009
- STIGLITZ, J. E., *Le triomphe de la cupidité*, Les Liens Qui Libèrent, 2010
- TERRE, F., ANDREU, L., *Pour une réforme du droit des contrats, les autres sources des obligations, le régime général des obligations, la preuve des obligations*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2013
- TREVES, R., *Sociologie du droit*, PUF, coll. « Droit, éthique, société », 1995
- VALENTIN, V., *Les conceptions néo-libérales du droit*, Economica, 2002
- VAN OMMESLAGHE, P., *Les obligations contractuelles, édition du Jeune Barreau de Bruxelles*, 2000
- VERDUN, F., *La gestion des risques juridiques*, Organisation, 2006
- VERDUN, F., *Le management stratégique des risques juridiques*, LexisNexis, 2013
- VERET, C., MEKOUAR, R., *Fonction : Risk manager*, Dunod, 2005
- VILLEMONTAIX, M., *Droit bancaire*, Ellipses, 2011
- VON BAR, C., CLIVE, E. et al., *Principles, definitions and model rules of European private law : draft common frame of reference (DCFR) / prepared by the Study Group on a European Civil Code and the Research Group on EC Private Law (Acquis Group)*, full edition, 6 vol. , Sellier, European Law Publishers, Munich, 2009
- VON JHERING, R., *L'évolution du droit*, traduit sur la 3^e éd. allemande par O. de Meulenaere, Librairie A. Marescq, 1901

III. Thèses

- ABOU NADER, W., *L'obligation de mise en garde du banquier dispensateur de crédit*, thèse, sous la direction de F. DRUMMOND, Panthéon-Assas, 2009
- BARBIER, H., *La liberté de prendre des risques*, thèse Aix-Marseille-III, PUAM, 2010
- BERLIOZ, G., *Le contrat d'adhésion*, thèse, préf. de B. GOLDMAN, LGDJ, Paris, 1973
- BERTHIAU, D., *Le principe d'égalité et le droit civil des contrats*, LGDJ, bibl. dr. priv., tome 320, Paris, 1999
- BONFILS, S., *Le droit des obligations dans l'intermédiation financière*, préface de M.-A. FRISSON-ROCHE, LGDJ, coll. Droit et économie, 2005
- BOUCARD, F., *Les obligations d'information et de conseil du banquier*, thèse, PUAM, 2002, préf. D. LEGEAIS,
- CHABAS, C., *L'inexécution licite du contrat*, préf. de J. GHESTIN, avant-propos de D. MAZEAUD, LGDJ, Bibl.dr.pr., tome 380, 2002
- CHRISTIANOS, V., *Conseil, mode d'emploi et mise en garde en matière de vente de meubles corporels, contribution à l'étude de l'obligation d'informer*, thèse Paris II, 1985
- DESGORGES, R., *La bonne foi dans le droit des contrats, rôle actuel et perspectives*, thèse Paris II, sous la direction D. TALLON, 1992

- DIEUX, X., *Le respect dû aux anticipations légitimes d'autrui. Essai sur la genèse d'un principe général du droit*, thèse Université Libre de Bruxelles, préf. M. HANOTIAU, av.-pr. P. VAN OMMESLAGHE, Bruylant, LGDJ, 1995
- DUPICHOT, P., *Les pouvoirs des volontés individuelles en droit des sûretés*, éditions Panthéon-Assas, coll. Thèses, 2005
- FABRE-MAGNAN, M., *De l'obligation d'information dans les contrats. Essai d'une théorie*, thèse, Paris I, 1991, LGDJ, 1992, préf. J. GHESTIN
- FAGES, B., *Le comportement du contractant*, Thèse Aix-Marseille, préface J. MESTRE, PUAM, 1997
- FIN-LANGER, L., *L'équilibre contractuel*, LGDJ, tome 366, coll. Thèses, 2002
- GENICON, T., *La résolution du contrat pour inexécution*, LGDJ, tome 484, coll. Thèses, 2007
- GOLAZ, J.-C., *Les diverses propositions des lois sur le contrôle et la réglementation des banques*, Thèse, Paris, 1927
- GOUNOT, E., *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé, Contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, thèse Dijon, A. Rousseau Editeur, 1912
- HATTAB, R., *L'obligation de conseil des prestataires de services d'investissement*, préface de M. STORCK, thèse, Presses Universitaires de Strasbourg, 2006
- JALUZOT, B., *La bonne foi dans les contrats. Etude comparative de droit français, allemand et japonais*, Dalloz, Nouvelle bibliothèque de thèses, 2001
- LE GAC-PECH, S., *La proportionnalité en droit privé des contrats*, thèse, préf. H. MUIR-WATT, Paris, LGDJ, 2000
- LITTY, O., *Inégalité des parties et durée du contrat : étude de quatre contrats d'adhésion usuels*, LGDJ, Bibl. dr. priv., tome 322, Paris, 1999
- MARKOVITZ, Y., *La directive C.E.E. du 25 juillet 1985 sur la responsabilité du fait des produits défectueux*, préface de J. GHESTIN, LGDJ, Bibl. dr. pr., tome 211, 1990
- MARTIN, A.-C., *L'imputation des risques entre contractants*, préf. D. Ferrier, LGDJ, Bibl.dr.pr., tome 508, 2009
- MILLET, F., *La notion de risque et ses fonctions en droit privé* ; préf. A. BEABENT, A. LYON-CAEN, Clermont-Ferrand, Presses Universitaires de la Faculté de droit de Clermont-Ferrand, Collection « Thèses de l'Ecole doctorale de Clermont-Ferrand », 2002
- OBEGI, R., *Risque et crédit, Le certificat hypothécaire – une solution pour les pays émergents*, Bruylant, Delta, LGDJ, 2009
- PICOD, Y., *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, thèse Dijon, 1987, LGDJ, préface G. COUTURIER, bibl. dr. priv., tome 208, 1989,
- POILLOT, E., *Droit européen de la consommation et l'uniformisation du droit des contrats*, thèse Université de Reims Champagne-Ardenne, 2004, LGDJ, Bibl. dr. pr., tome 463, préf. de P. DE VAREILLES-SOMMIERES, 2006
- RAMPARANY-RAVOLOLOMIARANA, H., *Le raisonnable en droit des contrats*, thèse, Faculté de droit et des sciences sociales de Poitiers, 2009
- ROMAIN, J.-F., *Théorie critique du principe général de bonne foi en droit privé ; Des atteintes à la bonne foi et de la fraude, en particulier (« Fraus omnia corrumpit »)*, thèse ULB, préf. de P. VAN OMMESLAGHE, Bruylant, Bruxelles, 2000
- SCODEL, P., *La commission de contrôle des banques et le Conseil national de crédit*, thèse, Paris, 1969
- TYSSEYRE, S., *Le rôle de la bonne foi en droit des contrats, Essai d'analyse à la lumière du droit anglais et du droit européen*, PUAM, 2012, préf. M. FABRE-MAGNAN
- VALINDAS, G., *Essai sur la rationalité du droit communautaire des concentrations*, préface J. BOURRINET, Bruylant, 2009
- VENIAMIN, V. L., *Essai sur les données économiques dans l'obligation civile*, LGDJ, Paris, 1931
- VIGNERON-MAGGIO-APRILE, S., *L'information des consommateurs en droit européen et en droit suisse de la consommation*, Bruylant / Schulthess, Bruxelles, 2006
- VOLANSKY, A., *Essai d'une définition expressive du droit basée sur l'idée de bonne foi*, thèse, Paris, Librairie de jurisprudence ancienne et moderne, 1929
- VOUIN, R., *La bonne foi. Notion et rôle actuel en droit privé français*, thèse Bordeaux, 1939, LGDJ, 1939

IV. Etudes, mélanges, *liber amicorum* ou autres ouvrages collectifs, colloques et rapports

- *100 Clés pour comprendre la nouvelle économie*, L’Echo, Bruxelles, 2009
- *20 ans de loi bancaire*, Anthémis, coll. Cahiers AEDBF/EVBFR, Bruxelles, 2013
- Association Henri Capitant des Amis de la Culture Juridique Française et la Société de législation comparée, *Projet de cadre commun de référence. Principes contractuels communs*, coll. Droit privé européen et comparé, 2008, volume 7
- Autorité de contrôle prudentiel, *Rapport annuel 2010*
- Autorité des marchés financiers, *Rapport annuel 2004*, *Rapport du médiateur*
- Centre de droit des obligations. Paris ; Centre de droit des obligations. Louvain-la-Neuve, Belgique, *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels, Comparaisons franco-belge*, Rapports de Journées tenues de 1993 à 1995, alternativement à Paris I et à Louvain-la-Neuve, LGDJ, bibl.dr.pr., t. 261, 1996
- Commission pour le droit européen du contrat, *Principes du droit européen du contrat*, Société de législation comparée, coll. Droit privé européen et comparé, 2003
- Committee of Sponsoring Organizations of the Treadway Commission, *Internal Control – Integrated Framework*, 1992
- Conseil d’État, *Rapport sur la sécurité juridique et complexité du droit*, 2006
- « Country report for France » in *Study on the Transparency of Costs of Civil Judicial Proceedings in the European Union*, 30 déc. 2007, publié sur le Portail européen “e-Justice”, https://e-justice.europa.eu/content_costs_of_proceedings-37-en.do (page consultée le 17 juin 2010)
- Cour de cassation, *Rapport annuel 2008*
- Cour de cassation, *Rapport annuel 2010*
- Cour de Cassation, *Rapport annuel 2012*
- Cour de cassation, *Rapport annuel*, 2004
- Cour de cassation, *Rapport annuel*, 2009
- Cour de cassation, *Rapport annuel*, 2010
- Cour de cassation, *Rapport annuel*, 2011
- Cour de cassation, *Rapport annuel*, 2012
- Cour de Cassation, *Rapport sur l’Avant projet de réforme du droit des obligations*, 2005
- *Droit et économie*, Arch. phil. dr., tome 37
- Etude d’Impact de l’entrée en vigueur de la loi du 1er juillet 2010 portant réforme du crédit à la consommation réalisé par Athling pour le Comité consultatif du secteur financier (CCSF), France, septembre 2012
- « Etude sur la preuve » in Cour Cassation, *Rapport annuel 2012*
- « Etude sur la vulnérabilité » in Cour de cassation, *Rapport annuel 2009*
- « Etude sur le droit de savoir » in Cour Cassation, *Rapport annuel 2010*
- « Etude sur le risque » in Cour de Cassation, *Rapport annuel 2011*
- « Etude sur les discriminations dans la jurisprudence de la cour de cassation », in Cour de cassation, *Rapport annuel 2008*
- *Etudes offertes à J. Ghestin*, LGDJ, 2001
- France. Ministère de la justice, CATALA, P., *Avant-projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription*, La documentation française, 2006
- G. GANDOLFI (dir.), *Avant-projet de Code européen des contrats*, Giuffrè, Milano, 2004
- Guide ISO/IEC, n° 73.2003, AFNOR, 2003
- J. DE LAROSIERE, *Report of the High-level Group on Financial Supervision in the EU, chaired by, Brussels, 25 February 2009*
- J. DELMAS-MARSALET, *Rapport relatif à la commercialisation des produits financier*, Ministère de l’économie, des finances et de l’industrie, France, novembre 2005
- *L’aléa*, Journées nationales, Tome XIV, organisées par l’Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française le 3 avril 2009, avec le concours de la Faculté de droit, de sciences économiques et de gestion de l’Université du Maine, Paris, éd. Dalloz, 2011

- *L'avenir du droit : Mélanges en hommage à François Terré*, Dalloz, 1999
- *La déontologie financière et bancaire/ The Ethical Standards in Banking and Finance*, Cahiers AEDBF, édition Bruylant, Bruxelles, 1998
- *La relativité du contrat*, Travaux Association H. Capitant, Nantes, LGDJ, 2000,
- *Les banques entre droit et économie, ouvrage collectif*, LGDJ, 2006
- *Les conditions générales bancaires/Algemene Bankvoorwaarden*, Actes du colloque du 3 décembre 2004, organisé par la section belge de l'Association Européenne pour le Droit Bancaire et Financier (AEDBF-Belgium), Bruylant, Bruxelles, 2005
- *Les obligations en droit français et en droit belge. Convergences et divergences*, Actes des Journées d'étude organisées les 11 et 12 décembre 1992 par Université de Paris-Val-de-Marne. UFR de droit et science politique Université libre de Bruxelles. Faculté de droit, ouvrage collectif, Bruylant -Dalloz, 1994
- *Liber amicorum Christian Larroumet*, Economica, 2009
- *Liber amirocum*, J. Calais-Auloy, Dalloz, 2004
- *Mélanges en l'honneur de FARJAT*, Frison-Roche, 1999
- *Mélanges en l'honneur de Jean Stoufflet*, LGDJ, 2001
- *Mélanges J. DUPICHOT*, Bruylant, Bruxelles, 2004
- *Mélanges J.-L. Baudoin*, Y. Blais, 2012
- *Mélanges Michel Cabrillac*, Litec, 1999
- Rapport du Groupe de travail relatif à la réforme du droit des sûretés, présidé par M. GRIMALDI, 2005
- *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény*, tome 2, Sirey, 1934
- *Responsabilité pénale et responsabilité civile des professionnels : actualité et avenir des notions de négligence et de risque : 22^e Colloque de droit européen*, La Laguna, 17-19 novembre 1992, Strasbourg, Editions du Conseil de l'Europe, 1995
- Sénat, France, Rapport d'Information, 2012, n° 602, fait par M. DINI et A.-M. ESCOFFIER, au nom de la commission sénatoriale pour le contrôle de l'application des lois sur l'application de la loi ° 2010-737 du 1er juillet 2010, portant réforme du crédit à la consommation
- *Sur la voie de l'action de groupe*, Colloque de l'Institut de Recherche Juridique de la Sorbonne (Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne), l'Institut Droit éthique et Patrimoine de l'Université Paris-Sud, le Centre de droit pénal, Axe Justice et procès de l'université Paris Ouest Nanterre., *Gaz. Pal.*, n°s 135 et 136, du 15 et 16 mai 2013
- The high-level Group on Financial Supervision, Report, Brussels, 25 February 2009
- *La présentation de la loi du 17 mars 2014 relative à la consommation*, Colloque organisé à l'Université de Strasbourg, N. RZEPECKI et J. LASSERRE-CAPDEVILLE (dir.), *Gaz. Pal.*, 2014, n° 110 à 114

V. Chroniques, articles et notes de doctrine

- ALLAIS, M., « Le comportement de l'homme rationnel devant le risque : critique des postulats et axiomes de l'école américaine », *Econometrica*, volume 21, 1953, p. 503-546
- ARESTAN, PH., « Le service de conseil en investissement de la directive sur les marchés financiers (MIF) » in *Mélanges AEDBF – France*, 1er décembre 2008, pp. 11 à 43
- ASTAIX, A., « Contrôle prudentiel : un nouveau décret d'application » *Recueil Dalloz Sirey*, 2010, n°18, pp. 1069-1069
- AUBERT DE VINCELLES, C. et SAUPHANOR-BROUILLAUD, N., « Loi du 17 mars 2014 relative à la consommation-nouvelles mesures protectrices du consommateur », *D.2014*, 879
- AUBRY, H., « Banques et établissements de crédit » in *Répertoire de droit commercial*, 2006
- AUBRY, H., « Démarchage bancaire ou financier » in *Répertoire de droit commercial*, 2009
- BAC, A., LEGEAIS, D., « La responsabilité du banquier dispensateur du crédit », *J.-Cl. Droit des entreprises*, Fasc. 446
- BACACHE, M., « Introduction de l'action de groupe en droit français. A propos de la loi n° 2014-344 du 17 mars 2014, *JCP G*, 2014, act. 377 ;

- BAGLEY, C. , « Pour une approche intégrée du droit et de la stratégie », in BOUTHINON, H.-B. et MASSON, A. (dir.), *Stratégies juridiques des acteurs économiques*, Larcier, Bruxelles, 2012
- BARTHELEMY, J., « L'ingénierie juridique : un concept », *JCP E*, supp. n° 2, 1993, pp. 1 et s.
- BARTHELEMY, J., « L'ingénierie juridique, un concept ; le juriste organisateur : son prêtre », *LPA*, 5 janvier 2005, n° 3, p. 8 ;
- BARTHEZ, A.-S., « Désordre dans les sources du contrat de cautionnement : l'exemple de l'information de la caution », *RDC* 2008, n° 2, p. 587.
- BAZIN, E., « Retour sur le devoir de mise en garde du prêteur », *Banque et Droit*, n° 130, mars-avril 2010, pp. 23 et s.
- BEGUIN, J., « Mise en place des organes de régulation financière européenne » *JCP E* 2010, n° 39, p. 11 ;
- BENABENT, A., « La bonne foi dans l'exécution du contrat, Trav. Ass. H. Capitant, t. XLIII, Litec, 1994, p. 291
- BENILLOUCHE, M. « La valeur primordiale du devoir de bonne foi en droit européen des contrats est-elle une originalité purement formelle? », *LPA*, 29 juillet 2004
- BERTLE, J.-P., « Ingénierie juridique : les holding de société d'avocats ou de notaires », *Dr. et patr.*, 2002, p. 103
- BLOCH, C., *L'obligation contractuelle de sécurité*, PUAM, préf. R. BOUT, 2002 ; numéro spécial *Gaz. Pal.*, 23 sept. 1997
- BOCCARA, M., « Le fichier positif n'est pas une réponse au surendettement », *Banque*, n° 759, avril 2013.
- BOLLE, A., « Le traitement judiciaire de la déclaration de soupçon », *Banque Magazine*, n° 670, juin 2005, p. 43
- BONNEAU, TH., « Commentaire de la loi n° 2010-1249 du 22 octobre 2010 de régulation bancaire et financière », *JCP E* 2010. 195
- BONNEAU, Th., « L'ACP, un législateur occulte ? », *RD bancaire et financ.* 2013, n° 1, repère 1
- BONNEAU, TH., « La réforme de la supervision financière européenne », *Revue Lamy Droit des affaires*, n° 56, 1^{er} janv. 2011, pp. 31-36
- BONNEAU, Th., « La réforme des établissements de crédit – Commentaire de l'ordonnance du 27 juin 2013 », *JCP E* 2013, act. 1429
- BONNEAU, TH., « Le mandat du gérant de fortune, ses obligations et sa responsabilité en droit français », in L. THEVENOZ (dir.), *Aspects juridiques de la gestion de fortune*, Bruylant et Staempfli, Berne, 1999, p. 23-44
- BONNEAU, TH., « Mécanisme de surveillance unique et Union bancaire », *JCP E*, 2012, 1645
- BONNEAU, Th., « Régulation bancaire et financière et État de droit », *RD bancaire et financ.* 2014, n° 1, repère 1
- BONNEAU, Th., « Séparation et régulation des activités bancaires. Commentaire des titres 1, 4, 5 et 8 de la loi du 26 juillet 2013 », *JCP E* 2013, 1483
- BORIES, J.-C., PALARD, J.-E., *Les banques sont-elles vouées à devenir des organisations à haute fiabilité ?*, *Revue Banque* n° 740, octobre 2011, p. 64 ; BCBS, QIS2, janv. 2010
- BORIO, C., « L'approche macroprudentielle appliquée à la régulation et à la surveillance financières », *Revue de stabilité financière*, n° 13, sept. 2009, p. 35 et s.
- BOUCARD, F., « Deux années d'évolution de la responsabilité du banquier dispensateur du crédit », *LPA* 2012, n° 225, p. 8.
- BOUCARD, F., « L'analyse juridique de l'assurance de groupe en matière de crédit », *RGDA* 2002, n° 3, p. 644 et s.
- BOUJEKA, A., « Vers un modèle de régulation des marchés financiers dans l'Union européenne ? » *D.* 2012 p. 1355
- BOURDALLE, N., LASERRE CAPDEVILLE, J., « Le développement jurisprudentiel de l'obligation de mise en garde du banquier », *Banque et Droit*, n° 107, mai - juin 2006, p. 22.
- BOURETZ, E., « La défaillance de la régulation financière », *RD banc. fin.*, 2009, n° 5, p. 72
- BOUTHINON-DUMAS, H., « Les stratégies juridiques : essai sur les articulations entre droit, économie et management », in MASSON, A., (dir.), *Les stratégies juridiques des entreprises*, Larcier, Bruxelles, 2009

- BREMOND, V., « Le recours à la responsabilité civile de droit commun : miroir aux alouettes ? » *D.* 2003, chron. p. 1284 et s.
- BRIERE DE L'ISLE, G., *La faute dolosive*, D. 1980, chron. p. 137
- BRINK, I. « LRM : prévention des risques juridiques, une nouvelle approche », *La Lettre de L'Observatoire Consulaire des Entreprises en Difficultés* n° 17 - octobre 2000
- BROSSARD, O., CHETIOUI, H., « Histoire longue : la naissance de la réglementation prudentielle, 1800-1945 », *Rev. éco. fin.* , n° 73, 4-2003
- BRUSCHI, M. « L'obligation de conseil des intermédiaires d'assurance et la garantie invalidité des professionnels de santé », *Lamy Assurances*, juin 2008, actualités, n° 151
- BRUYNEEL, A., « Crise, marchés, entreprises financières : le retour de la réglementation ? ; De 2008 à 2010 : illusions ou changements ? », *EUREDIA*, Bruylant, N°1, avril 2011, p. 69
- BRUYNEEL, A., « La déontologie bancaire et financière en 1988 : mode et nécessité ? » in *La déontologie financière et bancaire/ The Ethical Standards in Banking and Finance*, Cahiers AEDBF, Bruylant, Bruxelles, 1998, p. 33
- BUYLE, J.-P., « Loi du 2 juillet 2010 modifiant la loi du 2 août 2002 relative à la surveillance du secteur financier et aux services financiers, ainsi que la loi du 22 février 1998 fixant le statut organique de la Banque Nationale de Belgique, et portant des dispositions diverses », *Dr. banc. et fin.* 2010, pp. 409 et s.
- BUYLE, J.-P., « Contexte historique : le passé réserve toujours des surprises » in *20 ans de loi bancaire*, Cahiers AEBDF, n° 26, Athemis, 2013
- BUYLE, J.-P., « Les obligations d'information, de renseignement, de mise en garde et de conseil des professionnels de la finance » in F. GLANSDORFF (dir.), *Les obligations d'information, de mise en garde et de conseil*, CUP, 03/2006, p. 207
- BUYLE, J.-P., PROESMANS, P., « La jurisprudence d'après crise 2007 en matière d'opérations bancaires » in M. GREGOIRE (dir.), *Le droit bancaire et financier en mouvement*, Bruylant, Bruxelles, 2013, p. 50 et p. 69
- CABROLIER, Y., « Le droit, outil ou obstacle pour le risk manager ? », *Gaz. Pal.*, 01 avril 2006 n° 91, p. 8
- CASSOU, P.-H., « Les principales novations de CRD 4 », *Revue Banque* 2011, n°741
- CATALA, P., « Entretien » in *JCP G*, 2005, I, n° 170, p. 1739
- CAUSSE, H., « Réguler les excès de la finance, à propos des risques de la finance », Dossier « Le risque, 10 ans après l'affaire Enron », *Regard croisés Canada-France-États-Unis* (Lyon, 10 novembre 2011) *JCP E* 2012, n° 24, pp. 52-53
- CEDRAS, J., « Le solidarisme contractuel en doctrine et devant la Cour de cassation » in *Cour de cassation, Rapport annuel 2003*, p. 189
- CERVEAU, B., « Le risque juridique : affaire des spécialistes ou de gestionnaires de risques ? », *Gaz. Pal.*, 23 février 2001, n° 54, pp. 2-6
- CHABAS, F., « L'obligation médicale d'information en danger », *JCP. G.* 2000. I. 212
- CHACORNAC, J., « Interprétation du principe non bis in idem confirmée par la Cour de Strasbourg : la fin annoncée de la double répression des infractions boursières... », *Bulletin Joly Bourse*, 2014 n° 4, p. 20
- CHAUVEL, P., « Cautionnement et réticence du banquier », in *Mélanges en l'honneur de Jean Stoufflet*, LGDJ, 2001, p. 33
- CHAZAL, J.-P., « Le consommateur existe-t-il ? », *D.* 1997, chron. 260
- CLARET, H., « Directive n° 2008-48 CE du 23 avril 2008 concernant les contrats de crédit à la consommation », *LPA*, 12 mai 2009.
- CLERO, J.-P., « Jeremy Bentham (1748-1832) et le principe d'utilité », in A. CAILLE, C. LAZZERI, M. SENELLART, *Histoire raisonnée de la philosophie morale et politique. Le bonheur et l'utile*, La Découverte, 2001, pp. 492- 498
- COLLARD, CH., « Performance juridique et avantage concurrentiel : le cas des Centres E. Leclerc », *LPA*, 23 juillet 2007, n° 146, pp. 6-15
- COLLARD, CH., « Le risque juridique existe-t-il ? Contribution à la définition du risque juridique », *JCP E*, 2008, n° 1 (numéro spécial sur le risque juridique), pp. 8-13
- CONAC, P.-H., CAILLAT, V., « De CESR à l'ESMA : le Rubicon est franchi », *Bull. Joly Bourse*, 1er nov. 2010 n° 6, p. 500 et s.

- COUPPEY-SOUBEYRAN, J., *Régulation et surveillance des marchés bancaires en Europe* in L. GRARD, P. KAUFFMANN, *L'Europe des banques – approches juridiques et économiques*, A. Pédone, Paris, 2010, p. 61
- COURET, A., et DONDERO, B., « La Commission des sanctions de l'Autorité de contrôle prudentiel est une juridiction dont il n'est pas sérieux de contester l'indépendance », *JCP E* 2011, 1544
- CREDOT, F. –J. et JOUFFIN, E., « Produits financiers et publicité trompeuse. Fonds à promesse et pratiques commerciales déloyales, les risques d'un délit occulte. A propos du jugement du tribunal correctionnel de Saint-Etienne du 13 décembre 2012 », *Journ. sociétés*, 2013, mars, p. 53
- CRÉDOT, F., « Notion d'établissement de crédit - Information annuelle de la caution française », *RD bancaire et fin.* 2013, comm. 149
- CREUX-THOMAS, L., « Nul n'est censé ignorer la compliance ? » *JCP G* 2011 n°4, pp. 149-153
- D. BOMPOINT, « La règle *non bis in idem* ne fait pas obstacle au cumul de sanctions de la Commission bancaire et de l'Autorité des marchés financiers », *RD bancaire et finan.* 2008, n° 1, comm. 27
- DAIGRE, J.-J., « La responsabilité civile de l'intermédiaire financier en matière d'ordre de bourse et de couverture », *Banque et Droit*, 2000, n° 70, p. 4
- DE JUGLART, M., *L'obligation de renseignements dans les contrats*, *R.T.D. civ.*, 1945, p. 1
- DE LA BRUSLERIE, H., « Réflexions sur la déontologie des activités financières », *Rev. Éco. Fin.* 1988, n° 4, p. 15
- DE LAROSIERE, J., « La gestion des crises systémiques et les réformes du système financier », *Rev. éco. fin.* 2010-4 n° 100, p. 24-25
- DE VAUPLANE, H., « Le nouveau défi des sociétés de gestion : les fonctions de contrôle », *Revue Banque*, juin 2012 n°749, pp. 76-80
- DE VAUPLANE, H., « Le rôle du juriste : gardien du temple ou facilitateur de business ? » *Banque*, 2008, n° 704, pp. 84-86
- DE VAUPLANE, H., « Indépendance des fonctions de contrôle, l'ACP s'y met aussi », *Option Finance*, 2012, n° 1159, pp. 35-35
- DE VAUPLANE, H., « La réforme financière aux Etats-Unis », *Revue Banque*, n° 727, sept. 2010, p. 83
- DE VAUPLANE, H., DAIGRE, J.-J., DE SAINT MARS, B., BORNET, J.-P., « Chronique droit financier et boursier », *Banque et Droit* nov.-déc. 2010., p. 29 et s.
- DE VAUPLANE, V. H., DAIGRE, J.-J., BORNET, J.-P., DE SAINT MARS, B., Note sous « Commission bancaire, décision de sanction du 3 juillet 2008 à l'encontre de la Société Générale, sur la qualité du système de contrôle des opérations et des procédures internes, en particulier la maîtrise des risques opérationnels », *Banque et Droit*, sept.-oct. 2008, n° 121, pp. 33-45
- DEHARO, G., *Ingénierie contractuelle et performance de l'entreprise : perspectives économique et dynamique de droit des contrats* : <http://hal.archives-ouvertes.fr/hal-00649107> (page consultée le 12 Décembre 2011)
- DEHARO, G. *La gestion du risque juridique dans l'entreprise*, *LPA*, 4 janvier 2011, n° 2, p. 6
- DELETRE, B., « Régulation. Pour un devoir de "loyauté" des banques envers leurs clients », *Banque Magazine* 2010, n° 722, pp. 39-41
- DELETRE, B., AZOULAY, J., DUGOS, P., *Rapport de la mission de réflexion et de propositions sur l'organisation et le fonctionnement de la supervision des activités financières en France*, *Rapport n° 209-M-040-03*, Inspection des finances, juillet 2009
- DELPECH, X., « Obligation de mise en garde : préjudice né du manquement », *D.* 2009, p. 2607 ; D. HOUTCIEFF, « La perte d'une chance de ne pas cautionner ou l'indemnisation du hasard et des coïncidences » *D.* 2009 p. 2971
- DIEUX, X., « La nouvelle alliance : présentation des nouvelles structures de supervision du secteur financier », *JT* 2012, pp. 61 et s.
- DIEUX, X., « Questions relatives à l'intermédiation financière en droit positif » in *Legal Tracks I – Essays on contemporary corporate and finance law*, Bruylant, Bruxelles, 2003, p. 589.
- DIEUX, X., DE CUYPER, J.-Q., « Questions de responsabilité civile en matière de bancassurfinance » in J.-L. FAGNART (dir.), *Bancassurfinance*, Coll. De la Faculté de droit de l'U.L.B., Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 189, n° 7

- DIEUX, X., STEMPNIERWKY, Y., « La responsabilité civile des intermédiaires de produits dérivés » in *Produits dérivés*, Bruylant, Bruxelles, 1999, p. 43
- DJOUDI, J., « Etude sur la direction », *RD bancaire et financier*, mai-juin 2007, p. 53 et s.
- DJOUDI, J., BOUCARD, F., « La protection de l'emprunteur profane », *D.* 2008, chron. p. 503.
- DOBRE, M., « L'incertitude » in *Dictionnaire des risques*, Y. DUPONT (dir.), 2e édition, Armand Colin, 2007
- DOM, J.-P., « La transformation : acte d'un montage », *Bull Joly sociétés*, 1er avril 2010, n° 4, p. 409
- DOMONT-NAERT, F., « Le rôle de la déontologie et la protection des consommateurs dans le secteur bancaire et financier » in *La déontologie financière et bancaire/ The Ethical Standards in Banking and Finance*, Cahiers AEDBF, Bruylant, Bruxelles, 1998, p.189 et s.
- DONDERO, B., « La transformation vue de l'intérieur » *Bull Joly sociétés*, 1er avril 2010, n° 4, p. 400
- DUFOUR, O., « Sanctions pénales ou administratives, et s'il fallait enfin choisir ? », *LPA* 2014, n° 43, pp. 5-6
- DUFOUR, O., « L'Europe se dote d'un système de supervision financière... enfin ! », *LPA*, 30 sept. 2010 n° 195, p. 4
- FAGES, B., « L'évident principe de bonne foi dans les relations précontractuelles », *RTD Civ.* 2013, p. 109
- FAGES, B. et MESTRE, J., note sous Cass. 3° civ., 14 sept. 2005, n° 04-10.856, *RTD civ.* 2005. , 776,
- FAGES, B., « L'exécution du contrat – Le comportement des parties», étude n° 365 in *Lamy Droit des contrats*, sous la direction scientifique de B. FAGES et S. DOIREAU, éditions Lamy, septembre 2005
- FAGES, B., « La protection du consentement – L'obligation d'information », étude n° 132 in *Lamy Droit des contrats*, sous la direction scientifique de B. FAGES et S. DOIREAU, Lamy, septembre 2005
- FAGNART, J. L., « L'exécution de bonne foi des conventions, un principe en expansion », *Rev. crit. jur. belge (R.C.J.B.)*, 1986, pp. 285-316
- FAUVARQUE-COSSON B., MAZEAUD, D., « L'avant-projet français de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription et les principes du droit européen du contrat : variations sur les champs magnétiques dans l'univers contractuel », *LPA*, 2006, n°146, p. 3 et ss.
- FAVARO, M., MONTEAU, M., « Bilan des méthodes d'analyse a priori des risques », in *Cahiers de notes documentaires*, n° 139, INRS, 2e trim., 1990
- FERON, B., « La gestion de fortune en droit belge » in *Aspects juridiques de la gestion de fortune*, Bruylant, Bruxelles, 1999, p. 103
- FORTIER, V., *La fonction normative des notions floues*, *RRJ* 1991.755
- FRANCHI, F., *Réflexions sur l'obligation de conformité*, p. 65 in D. de Courcelles et al, *L'obligation de conformité des établissements de crédit et des entreprises d'investissement*, Bruylant, coll. Les dossiers de Secure Finance, Bruxelles, 2006
- FULGERAS, A.-J., « Les banques et le respect des normes : conformité n'est pas conformisme » in D. DE COURCELLE et al, *L'obligation de conformité des établissements de crédit et des entreprises d'investissement*, Bruylant, coll. « Les dossiers de Secure Finance », Bruxelles, 2006 p. 117
- GARCIA-MARGALLO Y MARFIL, J. M., « Un cadre commun enfin mis en place », *Revue Banque*, n° suppl. G20, déc. 2010, p. 16
- GHESTIN, J. (dir.), « Observations sur le projet de réforme du droit des contrats », *LPA*, 2009, n° 31, p. 42 et s.
- GHESTIN, J., « L'obligation précontractuelle de renseignement en droit français », in *Le contrat aujourd'hui : comparaisons franco-anglaises*, LGDJ, 1987, p. 182.
- GHESTIN, J., « L'utile et le juste dans les contrats » in *Arch. phil. dr., L'utile et le juste*, tome 26, Sirey, 1981, pp. 35-58
- GHESTIN, J., « L'utile et le juste dans les contrats », *D.* 1982, Chron. I,
- GHESTIN, J., « Le contrat » in *Dictionnaire de la culture juridique*, sous la direction de D. ALLAND et S. RIALS, PUF – Lamy, 2003
- GHESTIN, J., « Le principe d'égalité des parties contractantes et son évolution en droit privé » in *L'égalité*, série publiée par le Centre de philosophie de Bruxelles, sous la direction de L. INGBER, Centre de philosophie du droit de Bruxelles, t. 7, 1982

- GHESTIN, J., MARCHESSAUX-VAN MELLE, I., « Les contrats d'adhésion et les clauses abusives en droit français et en droit européen » in *Centre de droit des obligations. Paris ; Centre de droit des obligations. Louvain-la-Neuve, Belgique, La protection de la partie faible dans les rapports contractuels, Comparaisons franco-belge*, LGDJ, bibl.dr.pr., t. 261, 1996
- GOFFARD, O., « Le risque juridique: cadre légal, définition et principes de gestion », *Cahier du juriste - van de jurist*, Belgique, 2007
- GONTARD, TH., BOILLOT, E., TSE, V., « Les évolutions récentes de la procédure devant la Commission des sanctions de l'AMF » *Banque & Droit*, HS, déc. 2012
- GOURIO, A., « La directive européenne du 23 avril 2008 concernant les contrats de crédit aux consommateurs », *JCP E* 2008. 2047
- GOURIO, A., « Renforcement de l'obligation d'information du banquier prêteur auprès de son client adhérent au contrat d'assurance de groupe », *JCP G*, 2007, II, 10098
- GOURIO, A., « Contrôle de la Cour de Cassation sur la mise en œuvre du devoir de mise en garde du banquier au titre de l'octroi du crédit », *JCP G*, n° 12, 19 mars 2008, II, 10055
- GOURIO, A., « Juridique et conformité dans le domaine bancaire », CONFERENCE AJAR 10 MAI 2012
- GOURIO, A., « La responsabilité civile du prêteur au titre de l'octroi d'un crédit à un particulier », *RD bancaire et finan.*, janvier 2001, p. 50
- GOURIO, A., « Le nouveau cadre juridique du crédit aux particuliers en Europe », *RD banc. fin.* 2003. 128
- GOURIO, A., « Précisions sur l'obligation de mise en garde du banquier dispensateur de crédit à l'égard des emprunteurs non avertis », *JCP G*, n° 36, sept. 2007, II, 10146
- GRILLET-BROSSIER, S., « Comptabilité. Bâle III : les premières mesures d'impact et plans d'action dans les directions comptables des banques », *Revue Banque*, n° 735, avril 2011, p. 81-83
- GRUA, F., « Les effets de l'aléa et la distinction entre les contrats aléatoires et commutatifs », *RTD civ.* 1983, p. 263
- GRYNBAUM, L., « La notion du solidarisme contractuel », in *Le solidarisme contractuel*, L. GRYNBAUM et M. NICOD (dir.), Economica, 2004
- GUILLOT, J.-L., BOCCARA, M., « Obligation d'information et produits financiers », *Banque*, n° 685, novembre 2006
- GUILLOT, J.-L., FAYNER, S., « La responsabilité du banquier prêteur à l'égard de l'emprunteur », *Revue Banque*, juillet-août 2006, n° 682.
- GUILLOT, J.-L., BERARD, P.-Y., « La nouvelle architecture européenne », *Revue Banque*, n° 730-731, déc. 2010, p. 128-129
- HAERI, K. et JAVAUX, B., « Libres propos. A propos de la loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 », *JCP G* 2014, act. 375 ;
- HAQUET, A., « Le pouvoir réglementaire des autorités administratives indépendantes –Réflexions sur son objet et sa légitimité », *RDP* 2008, n° 2, p. 393
- JAFFRO, L., « Francis HUTCHESON (1694-1746) : des bons sentiments au calcul de l'utilité » in A. CAILLE, Ch. LAZZERI, M. SENELLART (dir.), *Histoire raisonnée de la philosophie morale et politique. Le bonheur et l'utile*, La Découverte, 2001
- JAMIN, Ch., « Plaidoyer pour le solidarisme contractuel », in « Le contrat au début du XXIème siècle », in *Etudes offertes à J. Ghestin*, LGDJ, 2001
- JAMIN, Ch., MAZEAUD, D., « La nouvelle crise du contrat », *D.* 2003
- JARDAT, R., « Contrôle du risque opérationnel: s'adapter aux activités de trading », *Revue Banque*, octobre 2011, n° 740, pp.68- 70
- JOSSERAND, L., « La renaissance de la faute lourde sous le signe de la profession », *DH* 1930, chron., p. 29 et s.
- JOSSERAND, L., « Le forçage du contrat » in *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény*, t. 2, Sirey, 1934, p. 340
- JOUFFIN, E., (dir.) « La loyauté dans la commercialisation des produits financiers », *Banque et Droit*, 2011, Hors-série.
- JOURDAIN, P., *La bonne foi dans la formation du contrat*, rapport français, Travaux de l'association Henri Capitant, t. XLIII, p. 121
- JULIEN, F., « Financements bancaires et bonne foi » in *Banque et Droit*, n° 135, jan-fév. 2011

- JULLIOT DE LA MORANDIERE, L., « La réforme du Code civil », *D.* 1948, chr. , p. 118
- KEREBEL, F., DEDIEU, D., « Procédure interne de lutte anti-blanchiment et cartographie des risques, méthodes d'élaboration » *JCP E* oct. 2010, n° 43, pp. 12-18
- KIRAT, T., MARTY, F., VIDAL, L., « Le risque dans le contrat administratif ou la nécessaire reconnaissance de la dimension économique du contrat », *Revue internationale de droit économique* 3/2005 (t. XIX, 3), p. 291-318
- KOVAR, J.-P., « Les autorités européennes de surveillance : organes des régulateurs nationaux, agences européennes de régulation ou autorités européennes de régulation ? », *RD banc. et fin.*, 1er, juillet 2011, n° 4, pp. 70-74
- KROMMYDA, M., « L'importance de la fonction de conformité (compliance) pour l'intégrité de l'établissement bancaire », *Euredia*, 2004, n° 4
- LAMARQUE, E., « Les critères pour apprécier l'efficacité d'un système de contrôle interne », *Revue Banque*, octobre 2011, n° 740, p.73-74
- LAMSON, D. N. , « The Volcker Rule : an overview and lessons learned from non-US reform efforts », *RD bancaire et fin.* 2013, dossier 39
- LANDAU, J.-P., « Bulles et surveillance macroprudentielle », Sous-gouverneur de la Banque de France, Conférence organisée conjointement par la Banque de France et l'Ecole d'économie de Toulouse, Paris, 28 janv. 2009 ;
- LANDO, O., « Liberal, Social and Ethical Justice in European Contract Law », *CML Rev.*, 43, 2006, p. 817-833;
- LASSERRE CAPDEVILLE, J., « Présentation générale de la loi de régulation bancaire et financière », *LPA* 16 déc. 2010, p. 3
- LASSERRE-CAPDEVILLE, J., « Harmonisation du statut d'établissement de crédit à l'échelle de l'Union européenne », *JCP G* 2013, act. 805
- LASSERRE-CAPDEVILLE, J., « Interrogations autour de la qualification d'établissement de crédit », note ss. Cass. com. , 22 mai 2013, n° 11-26503, inédit, JurisData n° 2013-014099, *JCP G* 2013, 937
- LASSERRE-CAPDEVILLE, J., « Séparation et régulation des activités bancaires. Une avancée du droit », *JCP G* 2013, doct. 925
- LASSERRE-CAPDEVILLE, J., « Transposition de la directive "CRD IV" », *JCP G*, 2014, n° 294
- LAVIGNE, A., « L'économie de la tarification à l'aune des relations de clientèle », in *Les banques entre Droit et Economie*, M.-A. FRISON-ROCHE (dir.), LGDJ, pp. 73-84
- LAZZARI, CH., « Les moralistes français du XVIIe siècle : la suprématie de l'amour-propre et de l'intérêt », in A. CAILLE, Ch. LAZZERI, M. SENELLART (dir), *Histoire raisonnée de la philosophie morale et politique. Le bonheur et l'utile*, La Découverte, 2001, pp. 293 - 303
- LE CANNU, P., « Rapport de synthèse », Colloque « La délégation de pouvoir dans l'entreprise : nécessité et dangers », sous la responsabilité scientifique de Vincent Thomas, *Rev. Lamy dr. aff.*, 2012, n°72, pp. 107-110
- LE NABASQUE, H. , « La règle *non bis in idem* et les abus de marché - à propos des arrêts de l'assemblée plénière du 8 juillet 2010 », *RD bancaire et finan.* 2010, n° 6, repère 6
- LE NABASQUE, H., « Commentaire des principales dispositions de la loi de régulation bancaire et financière du 22 octobre 2010 intéressant le droit des sociétés et le droit financier », *Rev. sociétés* 2010. 547
- LE TOURNEAU, Ph., « Bonne foi » Dalloz Répertoire Civil
- LÉBOUCHER, S., « Dossier spécial : Liquidité. Les grandes manœuvres », *Banque*, 2011, n° 737
- LÉBOUCHER, S., « Liquidité : les grandes manœuvres », *Banque*, n° 737, juin 2011, p. 23
- LECLERCQ, P., *L'obligation de conseil du banquier dispensateur de crédit*, *RJDA*, 1995, avril p. 322
- LECOURT, A., « La modernisation des professions judiciaires et juridiques réglementées : aspects de droit des sociétés », *Bull Joly sociétés*, 1^{er} oct. 2010
- LEGEAIS, D., « Cinquante ans pour rien ? », *RD bancaire et fin.* 2010, mars-avril p. 2
- LEGEAIS, D., « L'obligation de conseil du banquier à l'égard de l'emprunteur et de la caution », in *Mélanges AEDBF*, 1999 ;
- LEVENEUR, L., Le forçage du contrat in *Que reste-t-il de l'intangibilité du contrat ?*, *Droit et patr.*, 1998, p. 69
- LHOMME, B., « Ratio Cooke », *Banque* n° 486, sept. 1988, p. 941
- LOISEAU, G., note sous Cass. 3^e civ., 14 sept. 2005, n° 04-10.856, *JCP G* 2005. II. 10173

- LOISEAU, G., « L'application de la théorie des vices du consentement au contrat de travail » in *Etudes J. GHESTIN*, LGDJ, 2001, 579
- LOISEAU, G., « E-trading : quelles obligations à la charge de l'intermédiaire financier ? », *Comm. com. électr.*, 2014, n° 5, comm. 46, pp.
- LOISEAU, G., « La publicité, même gratuite, est une publicité qui doit pouvoir être clairement identifiée comme telle », *Comm. com. électr.*, 2013, n° 5, pp. 32-35
- LOISEAU, G., « Les contrats du commerce électronique dans la loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation », *Comm. com. électr.*, 2014, n° 4, comm. 36
- LOISEAU, G., « Les mystères de la sanction du formalisme informatif », *Comm. com. électr.*, 2014, n° 2, pp. 32-33
- LUCAS DE LEYSSAC, C., « L'obligation de renseignement dans les contrats » in Y. LOUSSOUARN et P. LAGARDE (dir.), *L'information en droit privé*, LGDJ, bibl. dr. priv., 1978, n° 58, p. 340
- LURGER, B., « The future of European Contract Law between Freedom of Contract, Social Justice and Market Rationality », *ERCL*, 2005, n° 4, p. 452
- M. ROUSSILLE, « La commercialisation d'instruments financiers », *BJB* 2014, n° 3, p. 159
- MACKAAY, V. E., « La règle juridique observée par le prisme de l'économiste. Une histoire stilisée du mouvement de l'analyse économique du droit », *Rev. Internat. dr. écon.*, 1986
- MAGNIER, V., « Les sanctions du formalisme informatif », *JCP G* 2004, I, 106.
- MAINGUY, A.-S. D., DEPINCE, M., « Pour l'action de groupe en droit français », *JCP E*, 2013, 355
- MALAURIE, Ph., « Le droit civil français des contrats à la fin du XXème siècle », in *Mélanges Michel Cabrillac*, Litec, 1999, p. 187
- MALEVILLE, M.-H., « La responsabilité civile des intermédiaires professionnels au titre du devoir de conseil », *JCP G*, 2000, I, 222, n° 5, p. 732.
- MARECHAL, C., « L'estoppel à la française consacré par la Cour de cassation comme principe général de droit », *D.* 2012, chron., 167
- MARLY, P.-G., « L'Autorité de contrôle prudentiel (ACP) juge perfectible l'exécution du devoir de conseil. Note sous Autorité de contrôle prudentiel, Recommandation sur le recueil des informations relatives à la connaissance du client dans le cadre du devoir de conseil en assurance vie, recommandation 2013-R-01 du 8 janvier 2013 », *JCP E 2013*, Chronique "Droit des assurances", 1497
- MARLY, P.-G., « Contrats d'assurance-vie en déshérence : la première sanction de l'ACPR tombe », *L'Essentiel Droit des assurances*, 2014, n° 5, p. 5
- MARLY, P.-G., « Du pouvoir de recommandation de l'ACP », *RTDF* 2010, n° 3, p. 113
- MARLY, P.-G., « L'obligation d'information des intermédiaires d'assurance », *RLDC*, 2006, n° 30, pp. 14-19
- MARLY, P.-G., « La loyauté et ses déclinaisons dans la relation client », *Banque et Droit*, 2011, Hors-série, pp. 18-21.
- MARLY, P.-G., « Regard sur l'Autorité de contrôle prudentiel », *BJB* 2010, n° 3, pp. 206-207,
- MARTIN LAPRADE, B., « Réflexions sur la nature juridique de la commission des sanctions de l'Autorité de contrôle prudentiel (ACP) », *Mélanges Philippe Bissara*, ANSA, 2013, p. 241 ;
- MARTIN, A. -C., « La gestion des risques par le contrat » in H. BOUTHINON-DUMAS, A. MASSON (dir.), *Stratégies juridiques des acteurs économiques*, Larcier, Bruxelles, 2012
- MARTIN, D. R., « Le cautionnement (encore le formalisme !) », *D.* 2013, 2420.
- MARTUCCI, F., « Régulation financière dans l'Union européenne : les instruments de convergence », *RD banc. et fin.* 1er juillet 2011, n° 4, pp. 66-70
- MARTUCCI, F., LASSERRE CAPDEVILLE, J., KOVAR, J.-P., « Le système européen de surveillance financière », *Europe*, 1^{er} juin 2011, n° 6, pp. 4-9
- MASSON A., BOUTHINON-DUMAS, H., « L'approche *Law & Management* » in *RTD Com.* 2011 p. 233
- MASSON, A., « Essai de théorie des stratégies juridiques », *RRJ*, n° 2, 2008
- MATHERAT, S., « La détermination des pondérations dans le ratio Cooke », *Revue Banque* n° 535, 1993, p. 39
- MATHEY, N. et WERNER, J., « La loi relative à la consommation. Aspects de droit bancaire », *RD bancaire et finan.* 2014, n° 2, étude 6

- MATTOUT, J.-P., « La déontologie financière et bancaire en France » in *La déontologie financière et bancaire/ The Ethical Standards in Banking and Finance*, Cahiers AEDBF, Bruylant, Bruxelles, 1998, p. 37 et s.
- MAURIES, V. , « Le pôle commun ACP-AMF est né », *Rev. Lamy dr. aff.*, juin 2010 ;
- MAYNIAL, M., Avis donné pour les pourvois jugés en Chambre mixte par la Cour de cassation en 2007, *Bulletin d'information*, Cour de cassation, 15 octobre 2007
- MAZEAUD, D., « Clauses limitatives de réparation : les quatre saisons », in *D.* 2008, p. 1776
- MAZEAUD, D., « L'attraction du droit de la consommation » in *Droit du marché et droit commun des obligations*, *RTD com*, 1998, p. 95
- MAZEAUD, D., « La réforme du droit français des contrats : trois projets en concurrence », in *Liber amicorum Christian Larroumet*, Economica, 2009
- MAZEAUD, D., « Loyauté, solidarité, fraternité, la nouvelle devise contractuelle ? », in *L'avenir du droit : Mélanges en hommage à François Terré*, Dalloz, 1999
- MAZEAUD, D., « Principes du droit européen du contrat, Projet de cadre commun de référence, Principes contractuels communs – Trois codifications savante, trois visions de l'avenir contractuel européen », *RTDE* 2009, p. 723
- MAZEAUD, D., note sous Cass. 3^e civ., 14 sept. 2005, n° 04-10.856, *D.* 2006., 761,
- MEISNERTZHAGEN-LIMPENS, A., *La reliance* dans le droit de la common law des contrats, in *Mélanges P. Van Ommeslaghe*, Bruylant, 2001
- MEKKI, M., « *Hardship* et révision des contrats. L'harmonisation souhaitable des conditions de la révision pour imprévision », *JCP* 2010, éd. G, I, 1257
- MEKKI, M., « La protection de la caution : propos conclusif », *RD bancaire et fin.*, sept. 2012, dossier n°43
- MESTRE, J., « Pour un principe directeur de bonne foi mieux précisé », *Lamy, Droit civil*, n° 58, mars 2009
- MONTAGNIER, G., 2, « Système européen de banques centrales et Banque de France » in *Répertoire de droit commercial*, 201
- MOULIN, M., « Responsabilités des banques en matière de commercialisation de produits financiers », *Droit bancaire et financier*, mars-avril 2010, p. 22.
- MOURY, J., (dir.), « Le risque » in Cour de Cassation, *Rapport annuel 2011*
- MOUSSERON, J.-M., « La gestion des risques par le contrat », *RTD civ.* 1987, p. 493, note 35
- MOUSSERON, P., « Les clauses de réserve de propriété en matière de cession de droits sociaux », in *Actes pratiques et ingénierie sociétaire*, mars-avril 2004, p. 3
- MULLER, A.-C., « La réforme du système européen de surveillance financière : organisation et fonctionnement des autorités européennes de surveillance », *RD banc. et fin.* 1er janv. 2011, n°2, pp. 17-19
- NEAU-LEDUC, P., « Les nouvelles perspectives du droit de la responsabilité bancaire » in *Les banques entre droit et économie, ouvrage collectif sous la dir. de M.-A. FRISON-ROCHE*, LGDJ, 2006, p. 113
- NICOLET, M.-A., « Contrôle interne des pratiques commerciales : quelles nouveautés ? », *Revue Banque* 2012 n° 745, pp.56-58
- NICOLET, M.-A., « La lutte anti blanchiment dans la fonction de conformité », *Banque Magazine*, n° 670, juin 2005, p. 41
- NOKIN, T., SAMSON, N., LISSAJOUX, S. , « Un référentiel de contrôle concret et unifié », *Revue Banque*, octobre 2011, n° 740, p. 75-77
- NURIT-PONTIER, L. et ROUSSEAU, S., *Risques d'entreprise : quelle stratégie juridique ?* , LGDJ Lextenso éd., 2012
- OPPETIT, B., « Droit et économie » in *Droit et économie, Arch. phil. dr.*, tome 37
- OPPETIT, B., « L'adaptation des contrats internationaux aux changements de circonstances », *JDI* 1974, p. 755
- OST, F., « Temps et contrat. Critique du pacte faustien », in *La relativité du contrat*, Travaux Association H. Capitant, Nantes, LGDJ, 2000, pp 148-149
- PACLOT, Y., « Vers une régulation financière mondiale », *RD bancaire et fin.*, 2009, n° 6, p. 1
- PAILLUSSEAU, J., « Le droit est aussi une science d'organisation », *RTD com.*, 1989, pp. 1 et s.

- PALLAS-SALTIEL, V., PUJOL, Y., « Le risque opérationnel, élément majeur du dispositif de contrôle interne », *Banque*, octobre 2011, n° 740, p.70-72
- PARTSCH, P.-E., « Droit bancaire et financier européen », *Revue Journal de droit européen*, n° 175, 1^{er} janv. 2011, pp. 15-20
- PASQUALINI, F., « Responsabilité du banquier » in *Répertoire de droit commercial*, 2005
- PERILLEUX, J., « Rapport belge. La bonne foi dans l'exécution du contrat » in *La bonne foi*, Travaux de l'Association Henri Capitant, tome XLIII, 1992, Paris, Litec, p. 237 et s.
- PESQUEUX, Y., « La prise en compte du facteur humain – la gageure de tout dispositif de contrôle », *Banque*, octobre 2011, n° 740, p. 77-78
- PETERS, M., « Les fonds propres des établissements de crédit », in *20 ans de loi bancaire*, Anthémis, Bruxelles, 2013, p. 55 et s.
- PICARD, J., « Les clauses d'exonération de la garantie dans la vente d'immeuble », *JCP N* 1976, 2797
- PICOD, Y., « Réflexions sur la sanction de l'obligation d'information bénéficiant aux cautions d'entreprise », *D.* 2002, p. 1971
- PIEDELIÈVRE, S., « Crédit à la consommation » in *Répertoire de droit commercial*, Dalloz, 2011
- PIEDELIÈVRE, S., « La directive du 23 avril 2008 sur le crédit aux consommateurs », *D.* 2008. 2614
- PIEDELIÈVRE, S., « La réforme du crédit à la consommation », *D.* 2010 p. 1952
- PIEDELIÈVRE, S., « Le projet de directive relative au crédit à la consommation », *Mélanges J. DUPICHOT, Bruylant, Bruxelles, 2004, p. 377.*
- PIEDELIÈVRE, S., *JCP E* 2014, étude 1176 ;
- PIRON, S., « Prologue : Risque, histoire d'un mot », *Risques*, n° 81/82, mars-juin 2010, p. 25
- POULLE, J.B., « La régulation par l'information en droit des marchés financiers », *LPA*, n°15, janvier 2009
- RADE, C., « Pour une approche renouvelée de la théorie des risques », *LPA*, 7 juillet 1995, n° 9.
- RAYMOND, G. « Aperçu rapide », *JCP E*, act. 213 ;
- RAYMOND, G., « Premières approches sur la directive n° 2008/48/CE », *JCP G* 2008. I. 215
- RAYNAUD, PH., « Libéralisme », in P. RAYNAUD et S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de philosophie politique*, PUF, 2005
- REDOUIN, J.-P., « Le risque de crédit : même transféré, il ne disparaît pas », *Intervention de M. J.-P. REDOUIN*, premier sous-gouverneur, Paris Europlace, Stockholm, 29 mars 2007
- REVELIN, D., « La politique de la concurrence – une réussite majeure pour l'Union » in *Th. JOUNO (dir.), Questions européennes. Le droit et les politiques de l'Union, préface de Pascal Lamy, PUF, 2009.*
- RIFFARD, J.-F., « Eclairages sur les obligations du banquier en matière d'assurance couvrant la défaillance d'emprunteur », *RD banc. et fin.*, novembre 2007, n° 6, dossier 30, § 9
- RIPERT, G., « Le bilan d'un demi siècle de vie juridique », *D.* 1950, chr., p. 1
- ROBERT, H., « Tracfin, « clé de voûte » de la lutte anti-blanchiment en France », *RD banc. et fin.*, nov.-déc. 2007, p. 27
- ROBIN, G., « Le principe de la bonne foi dans les contrats internationaux », *RDAl/IBLJ*, n° 6, 2005, p. 695 et s.
- ROMAIN, J.-F., « Paradoxe de l'indécidable et aporie constitutive de la bonne foi : du mensonge par omission au dol par réticence et de la faute inexcusable de la victime du dol (contour et limites d'une forme de délit d'initié en droit civil » in B. TILLEMANN, A. VERBEKE, P.-Y. VERKINDT, *Droit des contrats : France, Belgique, vol.2, Larcier, Bruxelles, 2006, p. 69*
- ROQUILLY, CH., « Performance juridique et avantage concurrentiel» chronique n° 1, *LPA*, 30 avril 2007, pp. 7-19
- ROUHETTE, G., « Regards sur l'avant-projet de réforme du droit des obligations », *RDC* 2007, p. 1371.
- RUMEAU-MAILLOT, H., « L'Europe et la régulation des services financiers : entre principes et réalité », *RD banc. et fin.*, 1^{er} juillet 2011, n° 4, pp. 61-65
- SALAH, M., « Les transformations de l'ordre public économique. Vers un ordre public régulateur », in *Mélanges en l'honneur de FARJAT*, Frison-Roche, 1999

- SAMIN, Th., « La réforme du statut d'établissement de crédit en vue de l'entrée en vigueur du règlement européen CRR I (*Capital Requirements Regulation*) : des sociétés financières aux sociétés de financement », *RD bancaire et fin.* 2013, dossier 44
- SAMUELIAN, M., « La commission des sanctions de l'ACP détaille ses exigences relatives à certaines dispositions du règlement CRBF n° 97-02 », *Bull. Joly Bourse, avril 2012 n° 4*, pp. 171-175
- SAVATIER, R., « Les contrats de conseil professionnel en droit privé », *D. 1972, chron.*, p. 137
- SCHOLASTIQUE, E., « Les devoirs du banquier dispensateur de crédit au consommateur », *DEFRÉNOIS 1996*, art. 36352, p. 689
- SCHULTZ, Ph., « Les mesures renforçant la protection des consommateurs dans les contrats de consommation en général », *Gaz. Pal.* 2104, n° 110 à 114, pp. 11 et ss.
- SIMONT, M. L., « Tendances et fonctions actuelles du droit des contrats » in Renaissance du phénomène contractuel, séminaire organisé à Liège, les 22, 22 et 24 octobre 1970, Faculté de droit de Liège, *Martinus Nijhoff*, La Haye, 1971
- STAUDER, B., « Le prêt responsable, l'exemple de la nouvelle loi suisse sur le crédit à la consommation », in *Liber amirocum, J. Calais-Auloy, Dalloz, 2004* p. 1029.
- STOFFEL-MUNCK, PH., « La codification du droit de la consommation » in *Mélanges J.-L. Baudoin, Y. Blais, 2012*, p. 1269 et s.
- STORCK, M., « Le rôle et la portée de la publicité dans la commercialisation d'instruments financiers », *JBB, 2014, n° 3*, p. 175
- STORCK, M., LASSERRE CAPDEVILLE, J., « Étude et clarification de la loi de régulation bancaire et financière (Loi no 2010-1249 du 22 octobre 2010) », *LPA, n° 250, 16 déc. 2010*
- SYNVE, H., « Projet de loi de séparation et de régulation des activités bancaires – présentation », *RD banc. et fin.* 2013, dossier 33
- TALLON, D., « Le concept de bonne foi en droit français du contrat », *Colloque de Rome, Collection Saggi, Centro di studie e ricerche di diritto comparato e straniero, 1994*, p. 10
- TATON, X., « Les nouvelles procédures de sanctions devant la FSMA et la BNB », *Dr. banc. et fin. 2012*, p. 79 et s.
- TERRE, F., GRIMALDI, C., « La force majeure invoquée par le créancier dans l'impossibilité d'exercer son droit », *D. 2009*, p. 1298
- THEPAUT, Y., « Economie libérale et liberté d'expression dans le contexte de la révolution informationnelle », in KIYINDOU, A., MATHIEN, M., ALBERT, P. et al., *Evolution de l'économie libérale et liberté d'expression*, Bruylant, Bruxelles, 2007
- THIBIERGE-GUELFUCCI, C., « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », *RTD civ.*, 1997, p. 376
- TIESSET, M., TROUSSARD, PH., « Capital réglementaire et capital économique » in Banque de France, *Revue de la stabilité financière*, n° 7, novembre 2005
- VABRES, R., « La réforme du système européen de surveillance financière : les pouvoirs des autorités européennes de surveillance », *RD banc. et fin.*, janv. -févr. 2011, n° 2, pp. 19-23
- VABRES, R., « Le système européen de supervision : état des lieux et perspectives », *RD banc. et fin.*, janv.-févr. 2010, p. 27-31
- VAN DEN HAUTE, E., DREESEN, M., « Chronique de droit bancaire », *Rev. banque* 1999, n° 30 et *Dr. banc. fin.* 2003, n° 35
- VAN DEN HAUTE, E., DREESEN, M., « Chronique de droit bancaire privé : Les opérations de banque (2007-2010) » in *Forum financier / Droit bancaire et financier 2011/I 59*
- VAN OMMESLAGHE, P., « L'exécution de bonne foi, principe général de droit ? », *R.G.D.C.*, 1987, p. 101-110
- VASSEUR, M., « Des responsabilités encourues par le banquier à raison des informations, avis et conseils dispensés à ses clients », *Banque* n° 431, pp. 943 – 948
- VERDUN, F., « La gestion des risques : quelques propositions méthodologiques », *JCP E 2008, Cah. Dr. Entr.*, n° 1, p. 47
- VERET, C., NAÏM, P., « Risk Management : gérer et évaluer les risques opérationnels extrêmes », *Revue Banque*, n° 736, mai 2011, p. 46-50
- VERNIER, E., « Se préparer au contrôle d'une autorité de tutelle », *Banque Magazine* 2011 n° 732, pp. 68-73

- VIGOUR, C., « Justice : l'introduction d'une rationalité managériale comme euphémisation des enjeux politiques », *Dr. et sociétés* 63-64/2006, 425
- VON BREITENSTEIN, D., « La clause de réserve de propriété et le risque de perte fortuite de la chose vendue », *RTD com.* 1980, p. 42
- WILLEMS, A., « Conditions générales bancaires (Quelques observations en début de millénaire) », in *Les conditions générales bancaires/Algemene Bankvoorwaarden, Actes du colloque du 3 décembre 2004, organisé par la section belge de l'Association Européenne pour le Droit Bancaire et Financier (AEBDF-Belgium)*, Bruylant, Bruxelles, 2005, p. 24 et ss.
- YVON, S., ALLAIN, TH., BERARD-GOURISSE, C., « Panorama de la loi de régulation bancaire et financière », *Bull. Joly Bourse* 2010. 492, § 63
- SAUPHANOR-BROUILLAUD, N., « La loi n° 2010, n° 2010-737 du 1^{er} juillet 2010 portant réforme du crédit à la consommation (1^{ère} partie), *RDC* 2010, n° 4, p. 1304 et s.
- SAUPHANOR-BROUILLAUD, N., « La loi numéro 2010-737 du 1^{er} juillet 2010 portant réforme du crédit à la consommation (deuxième partie) » *RDC*, 2011, n° 1, pp. 142-152
- SAUPHANOR-BROUILLAUD, N., « Chronique de droit des contrats » (17-9-10), *JCP G* 2010, n° 7 et s.
- SAUPHANOR-BROUILLAUD, N., « La protection de l'investisseur par les législations spéciales : quels critères ? », *RD bancaire et finan.* 2010, n° 6, pp. 52 -58
- GOURIO, A., « La réforme du crédit à la consommation », *JCP E* 2010, 1675

VI. Philosophie et littérature

- ARISTOTE, *Ethique à Nicomanque*, traduit par J. TRICOT, éditions Librairie philosophique J. Vrin, 2007
- BECK, U., *La société du risque : sur la voie d'une autre modernité*, Aubier, 2001
- CAILLE, Ch. LAZZERI, M. SENELLART (dir.), *Histoire raisonnée de la philosophie morale et politique. Le bonheur et l'utile*, La Découverte, 2001.
- DE TOCQUEVILLE, A., *De la démocratie en Amérique*, Gallimard, Collection Folio Histoire, 2007
- IONESCO, E., *Notes et contre-notes*, Gallimard, coll. Idées, 1972
- KANT, E., « Idée d'une histoire universelle du point de vue cosmopolitique », in *Opuscules sur l'histoire*, Flammarion, 1990
- RICOEUR, P., *Le juste*, Esprit, 1993
- SMITH, A., *Théorie des sentiments moraux*, texte traduit par M. Biziou, C. Gautier, J.-F. Pradeau, PUF, 1999

VII. Dictionnaires, Encyclopédies, Répertoires

- ALLAND D., RIALS S. (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF/Lamy, 2003
- CORNU, G., *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, 9^e éd., PUF, 2011
- COURET, A. et al., *Lamy Droit du financement*
- DUPONT, Y. (dir.), *Dictionnaire des risques*, 2^e éd., Armand Colin, 2007
- FAGES, B., POULIQUEN, E., (dir.) *Lamy Droit du contrat*,
- GAVALDA Ch., SOUFFLET J. (dir.), *JurisClasseur, Banque Crédit Bourse*
- GROUDEL H., (dir.), *JurisClasseur, Responsabilité et assurances*
- GUINCHARD, S., DEBARD, TH. (dir.), *Lexique des termes juridique*, 19^e éd., Dalloz, 2012
- J. KULIMANN (dir.) *Lamy Assurances*
- MESTRE, J. (dir.), *Lamy Droit civil*
- SAVAUX, E. (dir.), *Répertoire droit civil*, Dalloz
- VOGEL, L., (dir.), *Répertoire de droit commercial*, Dalloz

VIII. Articles de presse

- « La banque Washington Mutual en faillite » in *Le Monde* du 26 septembre 2008, disponible sur le site internet du journal : http://www.lemonde.fr/economie/article/2008/09/26/washington-mutual-en-faillite_1099801_3234.html (page consultée le 10 avril 2013)
- « Citibank: le tribunal condamne la banque pour publicité trompeuse », *Le Vif & L'express*, Belgique, 1er décembre 2010, <http://www.levif.be/info/belga-generique/citibank-le-tribunal-condamne-la-banque-pour-publicite-trompeuse/art.-1194880736004.htm> (page consultée le 16 juillet 2013)
- « Cortal condamnée pour publicité mensongère », *Portail internet LCI/TF1 News*, 20 sept. 2005, <http://lci.tf1.fr/economie/2005-09/cortal-condamnee-pour-publicite-mensongere-4877501.html> (page consultée le 22 juin 2012)
- « L'AMF forme un recours dans l'affaire Doubl'ô », *Les Echos*, n° 21175 du 27 avril 2012, p. 36, http://www.lesechos.fr/27/04/2012/LesEchos/21175-163-ECH_1-amf-forme-un-recours-dans-l-affaire-doubl-o.htm (page consulté le 23 juin 2012)
- « La Caisse d'épargne condamnée pour "publicité mensongère" sur des placements », *Le Monde.fr*, 13 décembre 2012, http://www.lemonde.fr/argent/art./2012/12/13/la-caisse-d-epargne-condamnee-pour-publicite-mensongere-sur-des-placements_1806246_1657007.html (page consultée le 16 juillet 2013)
- « La Caisse d'épargne dénoncée pour publicité mensongère », *Le Figaro*, 6 juillet 2010, <http://www.lefigaro.fr/placement/2010/07/06/05006-20100706ARTFIG00337-la-caisse-d-epargne-denoncee-pour-publicite-mensongere.php> (page consultée le 16 juillet 2013)

IX. Divers

- ACP, « Analyse des annexes au rapport de contrôle interne sur la bonne application des règles de protection de la clientèle » in *Revue de l'Autorité de contrôle prudentiel*, n° 11, février - mars 2013
- ACP, « Suite de l'analyse des annexes au rapport de contrôle interne sur la bonne application des règles de protection de la clientèle », *Revue de l'Autorité de contrôle prudentiel*, n° 12, avril - mai 2013, p. 13
- ACP, Commission de sanctions, *Recueil de jurisprudence*, 2013
- ACP, Commission de sanctions, *Recueil de jurisprudence*, 2012
- ACP, Commission de sanctions, *Recueil de jurisprudence*, 2011
- AMF, "Guide de bonnes pratiques pour la rédaction des documents commerciaux" du 30 juillet 2009
- AMF, "Questions / Réponses sur différents éléments d'application des textes transposant la directive MIF", 9 avril 2009
- AMF, «Le contrôle des modalités de suivi des risques juridiques liés aux services d'investissement : analyse des rapports adressés à l'Autorité des marchés financiers en 2006», *Revue mensuelle de l'autorité des marchés financier*, n°39, septembre 2007, p. 35
- BIS, BCBS, Risk Management Group, *The Quantitative Impact Study for Operational Risk: Overview of Individual Loss Data and Lessons Learned*, January 2001, <http://www.bis.org/bcbs/qisopriskresponse.pdf>
- BIS, BCBS, *Basel III International Framework for Liquidity Risk measurement, Standards and Monitoring*, 16 décembre 2010
- BIS, BCBS, *Basel III: A global regulatory framework for more resilient banks and banking Systems*, December 2010
- BIS, BCBS, *Compliance and the compliance function in banks - final document*, avril 2005
- BIS, BCBS, *Core Principles for Effective Banking Supervision*, 1997, revised in 2006
- BIS, BCBS, *Minimum standards for the supervision of international banking and their cross-border establishments*, 1992
- BIS, BCBS, *The Insolvency Liquidation of a Multinational Bank*, décembre 1992
- BRI, Comité de Bâle sur le contrôle bancaire, *Convergence internationale de la mesure et des normes de fonds propres*, Suisse, Bâle, 1988
- BRI, Comité de Bâle sur le contrôle bancaire, *Convergence internationale de la mesure et des normes de fonds propres*, Suisse, Bâle, juin 2004

- BRI, Comité de Bâle sur le contrôle bancaire, *Convergence internationale de la mesure et des normes de fonds propres*, Suisse, Bâle, juin 2006
- BRI, Comité de Bâle sur le contrôle bancaire, *Saines pratiques pour la gestion et la surveillance du risque opérationnel*, Suisse, Bâle, février 2003
- BRI, Comité de Bâle, *Principes fondamentaux*, 2006
- CEE, *Programme préliminaire de la Communauté économique européenne pour une politique de protection et d'information des consommateurs*, 14 avril 1975 *J.O.* 1975, n° C92
- BRI, Comité de Bâle, *Principes de saine gestion et de surveillance du risque de liquidité*, Suisse, 2008
- Federation of European Risk Management Association, *Cadre de référence de la gestion des risques*
- *L'art de la gestion des risques, dossier thématique, supplément Les Echos*, 28 septembre -13 décembre 2000
- M. BETCH, *Rapport commun aux deux pourvois*, Cass. Ch. mixte, 29 juin 2007, pourvoi n° 05-21.104 et pourvoi n° 06-11.673, *BICC*, 15 octobre 2007
- M. JEAN CEDRAS, avocat général à la Cour de cassation en service extraordinaire « Le solidarisme contractuel en doctrine et devant la Cour de cassation » in Cour de Cassation, *Rapport annuel 2003*
- BIS, *The New Basle Capital Accord*, juin 2004
- Avis de M. MAIN, Avocat général, Cass. Ass. plén., 2 mars 2007, pourvoi n° 06-15.267, *BICC*, 15 mai 2007
- M. BARNIER, discours du 1er janvier 2011, intitulé La date du 1er janvier 2011 constitue un tournant pour le secteur financier en Europe

X. Jurisprudence (France) :

1875 - 1950

- Cass. 3^e civ., 3 août 1875, *D.P.* 1875, 1, p. 409
- Cass., 14 avril 1891, *S.* 1894, 1, 391 ; *D.P.* 1891, I, 329, note PLANIOL
- CE, 30 mars 1916 « Gaz de Bordeaux »
- Cass. civ. 10 mars 1948, *RTD civ.* 1948, p. 347; note J. CARBONNIER
- Cass. 1^{ère} civ., 1^{er} août 1950, pourvoi n°37.389, *Bull.* 1950, n° 184

1960 - 1980

- Cass. com., 6 juill. 1964, *JCP G* 1965, II, 14024
- Cass. com., 19 juillet 1965, *D.* 1966.450, note DURAND
- Cass. com., 26 mai 1966, *Bull. civ. III*, n° 154
- Cass. com., 18 avril 1967, *JCP G*, 1968, II, 15481
- Cass. com. 12 juill. 1971, *D.* 1972, note C. GAVALDA
- Cass. 1^{ère} civ., 27 juin 1973, *D.* 1973
- Cass. com. 8 oct 1973, pourvoi n° 71-14322
- Cass. com., 28 octobre 1974, *Bull.* 1974, IV, n° 264, pourvoi n° 72-14.397 ; *D.* 1976, p. 373
- Cass. 1^{ère} civ., 25 oct. 1977, *Bull. civ. I*, n° 388
- Cass. 2^e civ., 11 janvier 1978, pourvoi n° 76-11.237, *Bull.* 1978, II, n° 13
- Cass. com., 20 novembre 1979, *JCP G*, 1981, II, 19615, note J. GHESTIN

1981-2000

- Cass. com., 8 juillet 1981, pourvoi n° 79-15.626, *Bull.* 1981, IV, n° 312
- Cass. com., 2 juin 1982, *Bull.* 1982, IV, n° 217.
- Cass. com., 28 avril 1982, pourvoi n° 80-16.678, *Bull.* IV, n° 145 ; *JCP G* 1982, IV, 237 ; *Deffrénois* 1982, p. 334, note J.-L. AUBERT
- Cass. com., 7 févr. 1983, *JCP E* 1983, I, 11502
- Cass. com., 8 nov. 1983, n° 82-10.493, Cts Gogioso –Ciardi c/ Crédit Lyonnais, *Bull. civ. IV*, n° 298 ; *RTD com.* 1984, p. 501, obs. M. CABRILLAC et B. TEYSSIE
- Cass. 1^{ère} civ., 24 janvier 1984, pourvoi n° 82-14.841, *Bull.* 1984, I, n° 31
- Cass. 1^{ère} civ. 20 mars 1985, *Bull. civ. I*, n° 102

- Cass. com., 11 févr. 1986, *Bull. civ.* IV, n° 22.
- Cass. 1^{ère} civ., 17 février 1987, *Bull. civ.* I, n° 44, p. 32, *LPA*, 28 décembre 1987
- Cass. com. 10 févr. 1987, Garage Couturier c. Peugeot-Talbot, *Bull. civ.* IV, n° 41
- Cass. 1^{ère} civ., 10 mai 1989, n°87-14294, Epx. Pougnaud c/ CRCAM des Deux Sèvres, *Bull. Civ.I, n° 187; JCP G* 1989, II, 21363, note D. LEGEAIS ; *D.* 1990, somm. , p. 385, obs. L. AYNES ; *RTD. Civ.* 1989, p. 738, note J. MESTRE
- Cass. com., 19 déc. 1989, V.A.G. c. Sté Paris-Biarritz Auto, *Bull. civ., IV*, n° 327, *RTD civ.*1990.649, obs. J. MESTRE
- Cass. com., 4 déc. 1990, *Banque*, mars 1991, p. 325, obs. J.-L. RIVES-LANGE ;
- Cass. com, 5 novembre 1991, arrêt Buon, *Bull.* 1991, n° 327, pourvoi n° 89-18 ; *RJDA* 1/92, n° 68 p. 4 ; *Bull. Joly Bourse* 1993.292, note F. Peltier
- Cass. 1^{ère} civ., 26 nov. 1991, n° 90-164978, Epx Ricaud c/ Banque Populaire de Bretagne-Atlantique, *Bull. Civ. I*, n° 331, *D* 1992, IR, p. 6
- Cass. 3^e civ., 27 avr. 1991, Société alsacienne des supermarchés, *Bull. civ.* III n°108
- Cass. com. 8 janv. 1991, n° 89-16. 572 Union Méditerranéenne des banques c/ Société Générale, *Bull. civ. IV*, n° 7, *RTD com.* 1991. 864, obs. M. CABRILLAC
- Cass. com. 3 nov. 1992, pourvoi n° 90-18.547, *Bull.* 1992, IV, n° 338, arrêt Huard
- Cass. 3^e civ., 17 nov. 1993, SCI Windsor Poissy c. Epx Roulaud, *JCP* 1994, II, 22283, note H. PERINET-MARQUET
- Cass. 3^e civ., 6 janv. 1993, pourvoi n° 89-16.011.
- Cass. 1^{ère} civ., 8 juin 1994, pourvoi n° 92-10.560, *Bull.* IV 1994, n° 207
- Cass. 1^{ère} civ., 6 janv. 1994, *JCP G*, 1994, II, 22237, note G. PAISANT.
- Cass. com., 31 mai 1994, *RJDA* 1994, n° 1129, p. 871
- Cass. 1^{ère} civ., 16 mai 1995, *JCP G* 1996, II, 22736, note F. X. LUCAS
- Cass. 1^{ère} civ., 27 juin 1995, pourvoi n° 92-19.212, *Bull.* I, 1995, n° 288 ; *Defrénois* 1995, art. 36210, n° 149, p.1416, obs. D. MAZEAUD ; *D.* 1995, p. 621, note S. PIEDELIÈVRE ; *RD bancaire et bourse* 1995, p.185, obs. F.-J. CRÉDOT et Y. GÉRARD ; *RTD com.* 1995, p. 170, obs. M. CABRILLAC ; *JCP E* 1996, II, 772, note D. LEGEAIS ; *RTD civ.* 1996, p. 384, J. MESTRE ; *Defrénois* 1996, art. 36352, p. 689 ; *D.* 7 déc. 1995, n° 43, p. 621, note S. PIEDELIEVRE
- Cass. 1^{ère} civ., 13 févr. 1996, *JCP* 1996, IV, n° 798 ; *D.* 1996, somm. 265, obs. AYNES.
- Cass. com., 10 décembre 1996, n° 94-16082, *Bull.* 1996, IV n° 307 p. 261.
- Cass. com., 22 octobre 1996, pourvoi n° 93-18.632, *Bull.* 1996, IV, n° 261, arrêt Chronopost
- Cass. 1^{ère} civ., 25 févr. 1997, pourvoi n° 94-19.685, *Bull.* 1997, I, n° 75 ; *Rapp. C. cass.* 1997 ; *D.* 1997 *Somm.* 319, obs. PENNEAU ; *Gaz. Pal.* 1997. 1. 274, rapport P. SARGOS et note J. GUIGUE
- Cass. 1^{ère} civ., 25 nov. 1997, *RD bancaire et fin.* 1998, p. 170, obs. F. CREDOT
- Cass. com. 29 avril 1997, *D.* 1997, 459, obs. Y. SERRA
- Cass. com., 18 févr. 1997, pourvoi n° 94-18.073, *Bull.*, n° 52, p. 46
- Cass. crim., 15 oct. 1997, *Bull. crim.* 1997, n° 338, pourvoi n° 96-80.228
- Cass. 1^{ère} civ. 18 mars 1997, pourvoi n° 526
- Cass. com., 18 février 1997, pourvoi n° 94-18.073, *Bull IV*, 1997, n° 52
- Cass. 1^{ère} civ., 17 nov. 1998, *JCP G* 1999, I, 116, n°4, obs. PH. SIMLER
- Cass. 1^{ère} civ., 1er déc. 1998, *Bull.* 1998, I, n° 334, pourvoi n° 96-16.608
- Cass. com., 23 juin 1998, *Bull civ.* IV, n° 208, *JCP E*, 1998, p. 1831, note D. LEGEAIS.
- Cass. com., 27 janvier 1998, *Bull.* 1998, IV, n° 41, pourvoi n° 93-18.672
- Cass. crim., 14 octobre 1998, *Bull. crim.* 1998, n° 262, pourvoi n° 98-80.527
- Cass. crim., 6 mai 1998, pourvoi n° 97-83.023
- Cass. com. 24 novembre 1998, *Bull. civ.*, IV, n° 277, arrêt Chevassus –Marche
- CA Versailles, 17 sept. 1998, Robialle c/ BNP, *Lexbase*, n° A7877C8A ; *Bull. Jolly* 1999, p. 245, note A. Couret
- Cass. com., 11 mai 1999, pourvoi n° 96-16.088 BNP c/ les époux Meneteau, *Bull. civ.* IV, n° 95, *RTD com.* 1999. 733, obs. M. CABRILLAC *Rapp. C. cass.* 1999, p. 358 *JCP E* 1999, p. 1730, 2ème espèce, note D. LEGEAIS ; *JCP E*, 1999-10-08 n 43 p. 1731 note D.LEGEAIS
- Cass. com., 26 octobre 1999, pourvoi n° 96-18.188
- Cass. 1^{ère} civ. 20 juin 2000, *Bull* n° 194, *RD bancaire et fin.*, sept.- oct. 2000, comm. 194, obs. D. LEGEAIS

- Cass. 3^e civ., 11 octobre 2000, pourvoi n°98-21.826, *Bull.* 2000, III, n°163 ; *JCP G* 2001, II, 10465, note P. Malinvaud
- Cass. com., 10 octobre 2000, pourvoi n° 97-20.516
- Cass. com., 17 oct. 2000 : *JCP E* 2000, 1834, obs. P. BOUTEILLER
- Cass. crim., 15 février 2000, pourvoi n° 99-81.200
- Cass. crim. 1^{er} mars 2000, n° 99-86.299, *Bull. crim.*, n° 98, *D* 2000, AJ 229, obs. A. LIENHARD

2001

- Cass. 1^{ère} civ., 16 octobre 2001, *Bull.* n° 258
- Cass. 1^{ère} civ., 17 juillet 2001, *Bull.*, n° 229
- Cass. com., 26 juin 2001, n° 98-13.629, *JurisData* n° 2001-010522.
- Cass. crim., 2 mai 2001, pourvoi n° 00-84.043)

2002

- Cass. 1^{ère} civ., 2 juillet 2002, *Bull.* n° 181
- Cass. 1^{ère} civ., 2 oct. 2002 : *JCP E* 2002, 1615.
- Cass. 1^{ère} civ., 26 novembre 2002, *Bull.* n° 288
- Cass. 1^{ère} civ., 30 janvier 2002, *Bull.* 2002, I, n° 37, pourvoi n° 00-22.709
- Cass. 3^e civ., 6 mars 2002, n° 99-20637
- Cass. com., 1^{er} oct. 2002, *D.*2003, n°24, note Y. PICOD.
- Cass. com., 26 mars 2002, pourvoi n° 99-13.810, *Bull.*, n° 57, *JCP E* 2002, 852, note A. GOURIO ; *RTD com.* 2002, p. 523, obs. M. CABRILLAC.

2003

- Cass. 1^{ère} civ., 27 mai 2003, *Bull. civ.* I, n° 131
- Cass. 1^{ère} civ., 13 mai 2003, n° 01-11.511, Crédit industriel de l'Ouest c/Epx. Fouquet, *Bull. civ.* I, n° 114, *Bull. Joly* 2003, p. 909, obs. P. SCHOLER, *Banque et droit sept.-oct.* 2003, p.68, obs. F. JACOB et N. RONTCHEVSKY, *JCP G* 2003, II, 10144, note R. DESGORCES .
- Cass. 1^{ère} civ., 8 juill. 2003, n° 01-02.664, *D.* 2003, AJ p. 2308, obs. V. AVENA-ROBARDET
- Cass. 1^{ère} civ., 4 février 2003, *Bull.* n° 34 ; *Contrats, conc. consom.* 2003, comm. 83.
- Cass. 3^e civ., 24 avril 2003, *Bull.* 2003, III, n° 83, pourvoi n° 01-12.658.
- Cass. com. 19 nov. 2003, n° 01-00.205, Banque populaire BICS c/ Laude.
- Cass. com. 24 juin 2003, Société Générale c. Boutes, *RJDA*, janvier 2004, n° 98, note D. LEGEAIS, p. 81
- Cass. com. 3 déc. 2003, Tavernier c. Sté Crédit industriel de Normandie, *RJDA*, avril 2004, n° 476, note D. LEGEAIS, p. 442
- Cass. com., 11 mars 2003, Coutant a. c/ CRCAM Centre-Ouest, *Bull. Joly* 2003, p. 635
- Cass. com., 1^{er} juill. 2003, *RJDA*, janvier 2004, n° 96 et 97, obs. D. Legeais, p.80
- Cass. com., 24 sept. 2003, pourvoi n° 00-19.067, *Bull. IV*, 2003, n° 136.
- Cass. com. 8 juillet 2003, Sepeau c/ Sté Ferri, Ferri et Germe : pourvoi n° 01-17710, *Joly Bourse* septembre-octobre 2003, § 76 p. 595, note L. Ruet (3e espèce) .
- Cass. com., 8 juill. 2003, pourvoi n°00-18941
- CA Paris, 29 avr. 2003, n° 2001/22332, Cognet ès qual. a. c/Crédit Lyonnais, *Lexbase* n° A6459DEX

2004

- Cass. com. 18 février 2004 pourvoi n° 02-13732
- Cass. 1^{ère} civ., 28 septembre 2004, pourvoi n° 02-20.517
- CA Paris, 9 avril 2004, 15^e ch. B, n° 2003/03552, Vaglietti c/ Barclays Bank, *Joly Bourse* n° 4/ 2004, p. 447, obs. C. Ducouloux –Favard; *JCP E* 2005, 782, p. 864, n° 2, obs. P. Coudert ; *RD banc. et finan.* sept.-oct. 2004, n° 187, p. 318, obs. F.-J. Crédot et Y. Gérard.
- Cass. com., 14 décembre 2004, *Bull.* 2004, IV, n° 222, pourvoi n° 03-10.099
- Cass. com., 7 janvier 2004, pourvoi n° 01-10.346
- Cass. com., 7 janvier 2004, pourvoi n° 02-11.354

2005

- Cass. Ch. mixte, 22 avril 2005, pourvoi n° 03-14.112, *Bull.* 2005, Ch. mixte, n° 4
- Cass. 1^{ère} civ., 1^{er} février 2005, pourvoi n° 01-16.733
- Cass. 1^{ère} civ., 21 février 2006, pourvoi n° 02-19.066, *Bull.* 2006, I, n° 91
- Cass. 1^{ère} civ., 15 mars 2005, pourvoi n° 02-13285
- Cass. 1^{ère} civ., 12 juillet 2005, 4 arrêts, pourvoi n° 02-13.155, *Bull.* 2005, I, n° 324. , pourvoi n° 03-10.770, *Bull.* 2005, I, n° 325, pourvoi n° 03-10.115 *Bull.* 2005, I, n° 326; pourvoi n° 03-10.921, *Bull.* 2005, I, n° 327, *D. cahier droit des affaires*, 15 déc. 2005, n° 44, p. 304, note B. PARANCE ; *D. AJ*, 2276, obs. X. DELPECH ; *JCP E* 2005, 1359, note D. LEGEAIS ; *D.* 2005, AJ 3084, note V. AVENA-ROBARDET ; *RTD com* 2006, 171, obs. D. LEGEAIS.
- Cass. 1^{ère} civ., 2 novembre 2005, pourvoi n° 03-17.443, *Bull.* 2005, I, n° 397
- Cass. 2^{ème} civ., 10 novembre 2005, pourvoi n° 04-16.092, *RGDA* 2006, 150, note J. KULLMANN.
- Cass. 3^e civ., 14 sept. 2005, pourvoi n° 04-10.856
- Cass. com., 31 mai 2005, pourvoi n° 03-19.147
- Cass. com., 28 juin 2005, pourvoi n° 03-20900
- Cass. com., 20 septembre 2005, pourvoi n° 03-19.732, *Bull.*, n° 176, p. 191, *JCP E* 2006, 1145, note D. LEGEAIS.
- Cass. com., 13 décembre 2005, pourvoi n° 04-14.418
- CA Paris, 15^e ch. B, 17 nov. 2005, RG n° 03/15210 OSEO BDPME c/ Soprotel Bobigny, *Juris-Data* n° 289819; *JCP E* 2006, 1850, p. 964, n° 42, obs. C. LASSALAS-LANGLAIS

2006

- Cass. Ass. plén., 14 avril 2006, pourvoi n° 02-11.168, *Bull.* 2006, Ass. plén., n° 5 ; *D.* 2006, jur. p. 1557, note P. Jourdain ; *RLDC* 2006, n° 29, p. 17-23, note M. MEKKI ; *D.* 2006, IR.1131
- Cass. 1^{ère} civ., 21 février 2006, pourvoi n° 02-19.066, *Bull.* 2006, I, n° 91
- Cass. 1^{ère} civ. 27 juin 2006, *Bull. civ.* I n° 331, *D.* 2006, AJ 1887, obs. DELPSCH
- Cass. 2^{ème} civ., 24 mai 2006, pourvoi n° 04-14.024
- Cass. 2^{ème} civ., 3 mai 2006, pourvoi n° 05-12.639.
- Cass. com. 19 sept. 2006, 5 arrêts, *Bull.* 2006, IV, n° 185, pourvoi n° 05-14.343 ; *Bull.* 2006, IV, n° 186, pourvoi n° 05-14.344 ; *Bull.* 2006, IV, n° 187, pourvoi n° 05-15.304 pourvoi n° 04-19.522 ; pourvoi n° 05-15.305 *D.* 2006. AJ 2395, obs. X. DELPECH; *JCP E* 2007. 111, note A. GOURIO *Banque et droit* 2006, n° 110, p. 27 ; *D.* 2006, p. 2395.
- Cass. com., 3 mai 2006, *Bull.* 2006, IV, n° 101 à n° 103, pourvois n° 04-15.517, 02-11.211 et 04-19.315 ; *D AJ*, 1445, obs. X. DELPECH ; *JCP* 2006, éd. E, 1890 note D. LEGEAIS ; *Banque et droit* 2006, p. 53, obs. N. RONTCHEVSKY ; *Contrats - Concurrence - Consommation* 2006, p. 37 ; *JCP G*, II, 10122, note G. RAYMOND ; *Banque et droit* 2006, p. 49, obs. Th. BONNEAU, *Lamy droit des affaires* 2006, n° 8, obs. CHEMIN-BOMBEN ; *D.*, *Cahier droit des affaires*, n° 23, 15 juin 2006, p. 1618-1624, note J. FRANÇOIS.
- Cass. com., 30 mai 2006, pourvoi n° 04-14.974, *Bull.* 2006, IV, n° 132
- Cass. com. 20 juin 2006, pourvoi n° 04-14.114
- Cass. com., 19 déc. 2006, pourvoi n° 03-20.176
- CA Paris 15^e ch. B 17 février 2006, Loison c/ SA Banque privée européenne
- CA Paris 15^e ch. B 26 janvier 2006, Vidalies c/ SA Banque privée Saint Dominique
- CA Paris, 13^e ch., 27 sept. 2006; sur l'affaire BENEFIC, voir *RTD Com.* 2006 p. 870, obs. M. STORCK

2007

- Cass. Ass. plén., 2 mars 2007, pourvoi n° 06-15.267, *BICC* , 15 mai 2007, Epoux X c. /Caisse régionale de crédit agricole mutuel de la Touraine et du Poitou, arrêt n° 553 du 2 mars 2007, *JCP G* 2007, IV, 1716, II, 10098, *D.* 2007 p. 863 obs V AVENA- ROBARDET et p. 985, note S. PIEDELIEVRE.; *JCP E* 2007, p. 1375, note D. LEGEAIS
- Cass. Ch. mixte, 29 juin 2007, 2 arrêts, pourvoi n° 05-21.104 Forest c/ CRCAM Centre-Est, *Bull. mixte* 2007, n° 7 ; *BICC*, 15 octobre 2007, n° 669, p. 13 et ss. et pourvoi n° 06-11.673 Fusco c/ Union

bancaire de Nord, *Bull mixte*, n°8, *JCP G* 2007, II, n° 10146 note A. GOURIO; *D* 2007, p. 1950, obs. V. AVENA-ROBARDET et p. 2081 note S. PIEDELIEVRE ;

- Cass. 1^{ère} civ., 13 février 2007, pourvoi n° 04-17.287, *Bull.* 2007, I, n° 59
- Cass. com., 13 février 2007, pourvoi n° 05-17.407, *Bull.* 2007, IV, n° 43 – arrêt Faurecia I
- Cass. com., 15 mai 2007, n° 05-21-545, inédit
- Cass. com., 5 juin 2007, pourvoi n° 06-14.832, *Bull.* 2007, IV, n° 157
- Cass. com. 10 juill. 2007, n° 06-14768 ; *Rapport*, 436 ; *RTD civ.* 2007, 773, obs. B. FAGES ; *D.* 2007, 2839, obs. PH. STOFFEL-MUNCK
- Cass. com., 30 octobre 2007, pourvoi n° 06-14.266
- Cass. com., 27 nov. 2007, n° 06-15.128, *JurisData* n° 2007-041626.
- CA Rennes, 1^{re} ch. B, 30 mars 2007, RG n° 05/08266, Masson c/ Crédit Mutuel de l'Ouest, *Juris-Data* n° 338534; *JCP E* 2007, 2377, n° 22, note R. ROUTIER
- CA Paris 15^e ch. B 25 mai 2007, SA Crédit Lyonnais c/ B n° 05/22074
- CE, 30 mai 2007, n° 283888, M. D. et société D., *Juris-Data* n° 2007-072023 ; *Dr. sociétés* 2007, comm. 15

2008

- Cass. 1^{ère} civ., 13 novembre 2008, pourvoi n° 07-14.856, *Bull.* 2008, I, n° 263 ; *JCP* 2009, éd. E, n° 7, 12 février 2009, 1173, note G. Chantepie
- Cass. 2^e civ., 2 octobre 2008, pourvoi n° 07-15.276
- Cass. com., 12 févr. 2008, pourvoi n° 06-20835, *Bull. civ.* IV, n° 31
- Cass. com., 12 févr. 2008, pourvoi n° 06-21974, *Bull. civ.* IV, n° 31
- Cass. com., 19 févr. 2008, n° 05-20.982, *RD bancaire et fin.* 2008, comm. 42, note D. LEGEAIS
- Cass. com., 26 mars 2008, n° 07-11554, *Bull. civ.* IV, n° 69
- Cass. com. 8 avr. 2008, pourvoi n° 07-13.013, *Bull.* 2008, IV, n° 77
- Cass. com. 8 avr. 2008, pourvoi n° 07-14.331, *D.* 2008. AJ 1202, obs. X. Delpech.
- Cass. com. 24 juin 2008, pourvoi n° 06-21.798, inédit
- Cass. com. 30 sept. 2008, n° 07-16.863, X c/ Caisse d'épargne et de prévoyance Ile-de France Ouest
- Cass. com., 28 oct. 2008, pourvoi n° 06-17.145, *Bull.* 2008, IV, n° 176

2009

- Cass. 1^{ère} civ., 18 fevr. 2009, n° 08-11.221, *JurisData* n° 2009-047086 ; *D.* 2009. AJ. 625, obs. V. AVENA-ROBARDET; *JCP* 2009. II. 10091, obs. A. GOURIO ; *JCP E* 2009. 1364, note S. PIEDELIÈVRE
- Cass. 1^{ère} civ., 30 avril 2009, pourvoi n° 07 – 18.334 ; *JCP G* 2009, 256, obs. L. DUMOULIN.
- Cass. 1^{ère} civ., 8 oct. 2009, n° 08-14.405, *JurisData* n° 2009-049819.
- Cass. 2^e civ., 2 avril 2009, pourvoi no 07-15.139, *RGDA* 2009, no 3, p. 832 et s
- Cass. 2^e civ., 3 septembre 2009, pourvoi n° 08-13.952
- Cass. 3^e civ., 14 janvier 2009, pourvoi n° n° 07-20.416, *Bull.* 2009, III, n° 10
- Cass. com., 7 avril 2009, pourvoi n° 08-14822
- Cass. com., 5 mai 2009 , n° de pourvoi: 08-14983 inédit
- Cass. com. 16 juin 2009, pourvoi n° n° 08-17319, Samantey c/ Crédit Lyonnais, *RD banc. fin.* nov. dec. 2009, commentaire 178, note F-J. CREDOT et T. SAMIN
- Cass. com., 7 juillet 2009, n° 08-18194.
- Cass. com., 16 juin 2009, 08-11.618, *Bull.* 2009, IV, n° 78
- Cass. com., 23 juin 2009, pourvoi n° 08-15.567
- Cass. com. 7 juill. 2009, *D.* 2009. AJ. 2034, obs. X. DELPECH ; *Lamy droit du financement* 2009, n° 2932 et s.
- Cass. com. 20 octobre 2009, pourvoi n° 08-20.274
- Cass. com., 17 novembre 2009, pourvoi n° 08-70.197 ;
- Cass. crim., 15 décembre 2009, *Bull. crim.* 2009, n° 212, pourvoi n° 09-83.059 .
- Cass. crim., 16 décembre 2009, pourvoi n° 07-86.584.
- Cass. crim., 24 mars 2009, pourvoi n° 08-86.534.

2010

- Cass. 1^{ère} civ., 1^{er} juill. 2010, n° 09-10.364
- Cass. 1^{ère} civ., 10 déc. 2010, *RTD civ.* 2011, 124, obs. B. FAGES
- Cass. 3^e civ., 14 sept. 2010, n° 09-14.001, *JurisData* n°2010-016102, obs. PH. SIMLER et PH. DELEBECQUE, *JCP E* 2011, 1251
- Cass. com., 26 janv. 2010, pourvoi n° 08-18.354, *Bull.* 2010, IV, n° 21
- Cass. Com., 29 juin 2010, pourvoi n° 09-11.841, *Bull.* 2010, IV, n° 115 – Faurecia II
- Cass. com., 13 juillet 2010, pourvoi n° 09-69.638
- Cass. com., 7 septembre 2010, pourvoi n° 09-16.359, *Bull.* 2010, IV, n° 134
- Cass. com. 5 oct. 2010, pourvoi n° 08-11.630, *Bull.* 2010
- CA Poitiers, 2^e ch. civ., 6 juill. 2010, n° 08/01871, *JurisData* n° 2010-025952, *RD bancaire et fin.*, mai 2011, comm. 96, note A. CERLES.
- CA Nancy, 1^{ère} ch. civ., 10 juin 2008, Banque populaire Lorraine Champagne c/ Schmittinger, *JurisData* n° 2008-37074, *JCP E*, 2009, 1107.
- CA Paris, pôle 5, 11 février 2010, n°07-20.601.

2011

- Cass. com. 18 janv. 2011, pourvoi n° 10-1 .259, X et Y c/ Banque populaire Loire et Lyonnais, *Essentiel de droit bancaire*, mars 2011, obs. R. ROUTIER
- Cass. com., 15 févr. 2011, pourvoi n° 10-11.614
- Cass. com., 8 févr. 2011, pourvoi n° 10-10965, *Bull. civ.*, IV, n° 17
- Cass. com., 8 mars 2011, pourvoi n° 10-10.798
- Cass. com., 22 mars 2011, pourvoi n° 10-16.993, *Bull.* 2011, IV, n° 51
- Cass. com., 5 avr. 2011, n° 10-16.426, *JurisData* n° 2011-005689, obs. D. HOUTCIEFF, *RDC* 2011, n° 3, p. 906
- Cass. com., 5 avr. 2011, pourvoi n° 09-14.358, *JurisData* n° 2011-005704
- Cass. com. 27 sept. 2011, pourvoi n° 10-17.467
- Cass. com., 18 oct. 2011, pourvoi n° 10-19.667
- Cass. com., 25 oct. 2011, n° 10-21.383, *RD bancaire et fin.* 2012, comm. 14, obs. D. LEGEAIS.
- Cass. com., 8 nov. 2011, pourvoi n° 10-23.662
- Cass. com ., 13 déc. 2011, n°07-13.013
- CE 28 juill.2011 n° 328655, *Société Crédit Immobilier De France Ouest*

2012

- Cass. 1^{ère} civ., 31 oct. 2012, n° 11-15.529
- Cass. com., 10 janv. 2012, n°10-288000, *LPA* 16 avril 2012, p. 15, note M. COMBET
- Cass. com., 31 janvier 2012, pourvoi n° 11-11.700
- Cass. com., 31 janv. 2012, pourvoi n° 11-10716
- Cass. com., 7 février 2012, pourvoi n° 11-10.487, *Bull.* 2012, IV, n° 24
- Cass. com., 27 mars 2012, pourvoi n° 10-27.345
- Cass. com., 3 juill. 2012, pourvoi n° 11-18945
- Cass. com., 3 juill. 2012, pourvoi n° 11-19.565, *Bull.* 2012, IV, n° 140
- Cass. com., 12 juin 2012, n°11-21661, *LPA* 19 oct. 2012, n° 210, p. 7, note M. COMBET Cass. com., 10 juillet 2012, pourvoi n° 11-11.891
- Cass. com., 10 juillet 2012, pourvoi n° 11-20.367
- Cass. com., 2 oct. 2012, n° 11-28.331, *D.* 2012. 2380, obs. V. AVENA-ROBARDET ; *RTD com.* 2013. 122, obs. D. LEGEAIS; *RLDC* nov. 2012. 31, obs. G. MARRAUD DES GROTTES
- Cass. com., 16 oct. 2012, pourvoi n° 11-23623, *D.* 2012, 2509, obs. V. AVENA-ROBARDET, et *D.* 2013, 1708, obs. P. CROCQ, avis de L. LE MESLE, av. gén., *Gaz. Pal.* 15 nov. 2012, p. 10
- Cass. com., 13 nov. 2012, pourvoi n° 11-24.178, *JCP E* 2013. 585, n° 6, obs. P. SIMLER
- Cass. com., 27 nov. 2012, pourvoi n° 11-25.967, *Gaz. Pal.* 12-13 déc. 2012, p. 13, obs. C. ALBIGES
- CE, 23 juillet 2012, n° 353885, Inédit au recueil Lebon
-

2013

- Cass. com., 5 févr. 2013, n° 11-26.262, *RD banc. fin.* 2013. , Comm. 52, obs. D. LEGEAIS
- Cass. com., 12 mars 2013, n° 12-12.372, *JCP* 2013. 585, n° 6, obs. P. SIMLER

2014

- Cass. crim., 22 janv. 2014, n° 12-83579

XI. Jurisprudence (Belgique)

- Cass. civ., 1^{er} oct. 1976, *Pas.*, 1977, I, 133
- Comm. Bruxelles, 27 avril 1995 et 3 mai 1996, *R.D.C.*, 1996, p. 1110
- Gand, 11 avril 1997, *R.D.C.*, 1998, p. 832 obs. J.-P. BUYLE et M. DELIERNEUX
- Cass. civ. Charleroi, 8 juin 2000, *R.D.C.*, 2001, p. 781, note J.-P. BUYLE et M. DELIERNEUX
- Comm. Mons, 22 février 2001, *R.D.C.* 2003, p. 63, observations J. P. BUYLE et M. DELIERNEUX.
- CA Liège 8 février 2005, *R.D.C.* 2007, p. 64
- *Civ. Bruxelles, 11^e ch., 5 mai 2006, inédit, R.G. 5435/04 cité par J.-P. BUYLE, P. PROESMAN, « La jurisprudence d'après crise 2007 », op. cit., p.52.*
- Comm. Bruxelles, 5 mai 2006, inédit, *R.G.* 5435/04
- CA Bruxelles 10 octobre 2006, *RW* 2008-09, p. 673
- CA Bruxelles 30 août 2006, *RW* 2008-09, p. 416
- CA Mons 20 mai 2008, *RDC* 2010, p. 131, note J.-P. BUYLE et M. DELIERNEUX, "Information et conseil en matière de crédit".
- CA Bruxelles 17 décembre 2008, *J. L. M. B.* 2009, p. 1850
- CA Bruxelles, 9^e ch. , 26 septembre 2008, *R. D. C.* 2010, p. 169 ; Bruxelles, 9^e ch. ,2 juin 2009, *J. L. M. B.* 2010, liv. 20, p. 927.
- CA de Mons, 15 avril 2009, *J. L. M. B* 2009, p. 1864
- CA Gand 8 avril 2009, *R.A.B.G.* 2009, p. 1027
- CA Mons 6 janvier 2010, *J. L. M. B.* , 2010/20, p. 939 ;
- Bruxelles, 23 septembre 2010, *R.D.C.*, 2012, p. 357, note O. STEVENS, cité par J.-P. BUYLE, P. PROESMANS, « La jurisprudence d'après crise 2007 en matière d'opérations bancaires » in M. GREGOIRE (dir.), *Le droit bancaire et financier en mouvement*, Bruylant, 2013, p. 50 et p. 69 ;
- Bruxelles, 3 oct. 2011, *R.D.C.* – *T.B.H.*, 2013, p.636, note B. CAULIER, « Obligations perpétuelles et risque évolutif ».
- Tribunal de première instance de Bruxelles, civ. Bruxelles, 14^e ch. , 20 mars 2012 : inédit, 2009/9419/A

XI. Jurisprudence (Union Européenne) :

- CJCE, 22 novembre 2001, aff. C-541/99 et C-542/99
- CJCE, 4 mars 2004, *Cofinoga Mérignac SA c. Sylvain Sachithanathan*, aff. C-264/02, Rec. I, p. 157, *Rev. jur. com.*, 2004, p. 261, obs. A. RAYNOUARD.
- Tribunal Première Instance CE, 27 sept. 2006, n° T-329/01, *Rev. science crim.* 2007. 143, chron. L. IDOT ; *RTD eur.* 2008. 313, chron. J.-B. BLAISE et L. IDOT
- Tribunal Première Instance 30 sept. 2009, n° T-168/05, *Rev. science crim.* 2010. 244, obs. L. IDOT ; *RTD eur.* 2010. 647, chron. J.-B. BLAISE et L. IDOT.
- CJCE, *Akzo Nobel chemical Ltd c/ Commission*, n° C-550/07, du 24 septembre 2010, *D. act.* , 24 sept. 2010, obs V. AVENA-ROBARDET.
- CJUE, 1^{er} mars 2011, C-236/09 - Association belge des Consommateurs Test-Achats ASBL e.a.
- CJUE, 5 juill. 2012, aff. C-49/11, *Content Services Ltd c/ Bundesarbeitskammer* , *Comm. com. électr.* 2012, comm. 110, G. LOISEAU
- CJUE, gde ch., 26 févr. 2013, n° C-617/10, *Åklagaren c. Hans Åkerberg Fransson*

XII. Jurisprudence (CEDH) :

- CEDH, 23 oct. 1995, *Gradinger c. Autriche*, série A, n° 328-C, §51
- CEDH, 4 mars 2014, n° 18640/10, *Grande Stevens et a. c/ Italie*

Table alphabétique

A

Accords de Bâle, 217-219, 220-236

- Bâle I, 220-225
- Bâle II, 226-229
- Bâle III, 230-232

Action de groupe, 635, 774, 781

Alea moral, 434, 435, 436

Analyse des risques, 253, 257,

- Analyse qualitative, 258-263
- Analyse quantitative, 264-269

Aristote, 481

Assurances, 315, 433, 726, 727-733

Asymétrie de l'information, 429-436

Arbre de défauts/ Arbre d'événements, 263, 641, 783

Audit, 120, 184-187, 309, 314, 694, 809, 853, 856, 864

Autorité bancaire européenne (ABE), 205, 208, 211, 242, 288

Autorité de contrôle prudentiel et de résolution (ACPR), 193-199

- Contrôle, 164-167, 171
- Jurisprudence, 169, 771,
- Protection des clients, 174, 177, 615
- Sanctions, 195, 366

Autorité des marchés financiers (AMF), 196-198, 367, 772

Autorité des services et marchés financiers –Belgique (FSMA), 182

B

Banque

- Notion, 4
- Banque de France ,193
- Banque nationale de Belgique (BNB), 182
- Banque centrale européenne (BCE), 184, 199, 209-212

Belgique V. *Droit belge*

Blanchiment d'argent, 130-138, 141-142

Bonne foi, 484, 485, 488-499, 514, 552, 614, 643, 872

Bonus argentais, 743

C

Capital, 88, 216

- Economique : 216
- Réglementaire : 88

Capital Requirements Directive (CRD), 238 - 242

Capital Requirements Regulation (CRR), 4, 241

Cartographie des risques V. *Risque*

Cause, V. *Risque*

Cautionnement, 614, 617

Collecte de données, 293-301, 345-355

- Données internes, 294-300, 346-350
- Données externes, 301, 351-355

Comité de Bâle, 217, 218, 219

Compliance – V. *Conformité*

Concurrence, 399, 400, 409, 426, 448, 449, 451, 452, 460-462

- Concurrence pure et parfaite, 400, 414
- Concurrence non-faussée, 460, 463, 464, 465

Confiance, 179, 409

Conformité, 119-129 ; 130-146 ; 149

- Fonction Conformité : 121
- Risque de non-conformité : 120, 122, 123, 130-146

Connaissance des risques, V. *Risque*

Consentement, 549, 550, 551

- Dol, 551, 552, 614
- Erreur, 614
- Protection, 508, 510, 516, 540, 543, 549
- Réticence dolosive, 550, 551, 614
- Vices du consentement, 549-552, 614

Conséquences des risques, 10, 260-262, 269, 362-374, 626-628, 691, 692

Clients

- Clientèle particulière, 566, 572, 615, 616, 740-742
- Segmentation des clients, 791, 740, 749, 750, 755-757
- Clients professionnels, 751
- Clients non-professionnels, 752
- Contrepartie éligible, 753
- Clientèle de détail, 796
- Clients profanes, 669, 675, 742
- Clients avertis, 668, 741

Consommateur

- Définition, 567
- Consommateur bancaire, 452, 565, 566, 568, 572
- Droit de la consommation, 441, 442, 443, 448
- Protection des consommateurs, 439, 436, 446, 451, 452, 615, 616
- Théorie économique du consommateur, 413, 415, 419, 427, 428
- Rationalité parfaite, 415
- Rationalité limitée, 428
- Information du consommateur, 448, 561, 562

Consommation, 441, 566

Contrat

- A distance, 562, 564, 583
- Adhésion (d'), 80, 482, 506, 532, 796
- Clauses contractuelles, 39-49
 - Clauses limitatives de responsabilité : 47-49
 - Limites : 43-46
 - Principe de licéité, 39
- Contrats de gestion : 715-719
 - Gestion directe, 717
 - Gestion assistée, 718
 - Gestion déléguée, 719
- Déséquilibre contractuel, 8, 58, 483
- Droit des contrats, 3, 35, 38, 522, 532
- Projets de réforme des droits de contrats, 493, 556, 557, 558

- Solidarisme contractuel : 8, 515
- Théorie des risques, 50-55
- Utile et juste, 8, 9, 482
- Hors établissement, 564
- Formalisme informatif, 512, 571
- Sécurisation cadre contractuel, 816-835

Contrôle, 154, 156, 166, 167-171, 185-188

- Interne, 185-186, 307-314
- Externe, 187-188
- Juridique, 804-811

Commissaires aux comptes, 187, 188

Coût du risque, 156, 158, 370, 371, 372

Créanciers, 523, 554

Comité de réglementation bancaire et financière (C.R.B.F.), 68

Crédit

- Crédit à la consommation, 561, 571
- Crédit immobilier, 561, 571

Crise, 90, 97, 98, 156, 160, 170, 175, 178, 180, 200, 219

Criticité, V. *Risque*

D

Déontologie professionnelle, 128, 161-162, 173-174, 453-456

Devoir, 523, 559

Démarchage, 562, 569

Division des risques, 87, 247

Domages et intérêts, 363

Dol, V. *consentement*

Droit belge, 4, 174, 178, 182, 186, 187, 248, 365, 368, 549, 581, 596, 606, 638, 648, 653, 697, 700, 712, 717, 737, 738, 741, 774, 879, 880

Droit européen : 14, 558, 562, 567, 585, 697

- Directive européenne 2011/83/UE relative aux droits des consommateurs, 562, 563
- Directive MIF/ MIFID 697, 710-713, 723, 745, 746
- Paquet « CRD IV » 14, 241, 242, 246
- Règlement MSU, 209-212
- Surveillance européenne V. *supervision européenne*
- Projets européens concernant l'obligation d'information V. *Obligation d'information*

E

Economie

- Théories économiques libérales V. Libéralisme
- Fondements économiques des obligations d'information, de mise en garde et de conseil V. *Obligation d'information, Obligation de mise en garde, Obligation de conseil*

Egalité, 420, 480, 501-508, 513

Equilibre, 414, 416, 418, 420-422, 459

- Défaillances du marché, 438, 439, 440, 473
- Equilibre du marché, 414
- Equilibre des intérêts des parties, 466-470

- Equilibre contractuel, 483

Erreur, V. *consentement*
Ethique, 173
Evaluation des risques, V. *Risque*

F

Fédération européenne des associations de gestion des risques, 66
Fonds propres, 87, 101, 154, 164-165, 215, 222, 223, 229, 231, 232, 234, 237-243, 246-248, 250, 392

- Réglementation internationale : 222, 229, 231
- Réglementation nationale : 243 - 248
- Réglementation européenne : 238 - 242

Formalisme informationnel, V. *contrat*
Fraude, 91
Fréquence

- Fréquence des risques, 31, 34, 168, 265-269
- Evaluation de la fréquence des risques, 305, 379, 380, 383, 384

FSMA V. *Autorité belge des services et marchés financiers*

G

Gestion

- Gestion des risques, 6, 21, 81, 82, 255, 276, 316, 323, 324, 387, 842-865, 875, 877
- Enjeux de la gestion des risques, 156, 249, 250, 251, 392, 389
- Méthodologie de la gestion des risques, 277-322
- Gestion financière, 163-172

Gouvernance, 82, 102, 161, 163, 185
Grands risques, 166
Gravité des risques, 34, 268

I

Incertitude, 64, 85
Incident

- Avéré, 290
- Potentiel, 291, 356

Individualisme, 8, 483, 515, 516
Inégalité, 504, 505, 554
Ingénierie financière, 90
International Bar Association (IBA) : 67
Intervention étatique, 412, 421-426
Investisseur, 566, 569

J

Justice contractuelle, 8, 498, 520, 656, 879

K

Know your customer, 818

L

Law and Economics, 12

Law and management, 12, 62

Legal risk management, 12, 82

Libéralisme, 457, 458, 472

- Classique, 409-412
- Néoclassique (ou la microéconomie), 413-419
- Nouvelle microéconomie, 427-433
- Ordo-libéralisme, 425, 426
- Philosophique, 405

Liquidité, 170-172

M

Management juridique, 842-865

Manque à gagner, 378, 679

Marché, 409, 413, 416

- Doctrine du marché fonctionnel, 444, 445-452, 474
- Bon fonctionnement du marché, 7, 157, 158, 207, 395, 399, 422, 438, 440, 470, 796
- Imperfection, 438-440, 459, 473
- Equilibre du marché V. *équilibre*

Méthode de calcul des risques opérationnels V. *Risque*

MIF/MIFID (directive) V. *droit européen*

N

Near miss, 378

Nomenclature des risques : 278-285, 288, 300

Non bis in idem, 362, 368

O

Obligation, 523, 524, 525

Obligation d'information, 6-9, 530-642, 786, 787, 795-797, 872-874, 878-882

- Analyse des risques juridiques, 531, 612-642, 880
- Avant-projet Catala, 556
- Avant-projet de la Chancellerie, 556
- Avant-projet Terré, 556
- Bonne foi, 549
- Caractère limité, 553
- Conditions d'existence, 574-578
- Consommateur, 561
- Fondements, 397, 518
 - Economiques, 399, 438-440, 452, 459, 463-464, 466-474
 - Juridiques, 482, 483, 498, 508-511, 513, 514
 - Sociaux, 478-480, 513
- Harmonisation de l'obligation précontractuelle en droit européen, 562
- Ignorance légitime de l'information par le client, 577
- Inégalité d'informations, 554

- Information trompeuse, 594, 595
- Moment de la transmission de l'information, 582
- Notion, 534-538
- Obligation d'information ayant une incidence sur l'exécution du contrat, 544
- Obligation d'information ayant une incidence sur le consentement, 543
- Obligation d'information contractuelle, 541
- Obligation d'information du banquier PSI, 603-609
- Obligation d'information jurisprudentielle, 546,548, 604
- Obligation d'information légale, 547, 561, 607, 608, 609
- Obligation d'information précontractuelle, 540
- Obligation de droit commun, 549-555
- Obligation de droit spécial, 560-572
- Preuve, 579-583
- Projets européens, 558
- Règlement général AMF, 609
- Sanctions
 - Nullité, 585
 - Responsabilité délictuelle, 586
 - Responsabilité contractuelle, 587
 - Effet obligatoire de l'information, 588
 - Déchéance du droit aux intérêts, 590, 591
 - Sanctions pénales, 592 – 596
 - Amendes administratives, 598
 - Sanctions disciplinaires, 600
- Superposition des normes, 552, 610,
- Support de l'information, 583
- Typologie, 540-544, 546-548
- Vices du consentement V. *consentement*

Obligation de conseil : 6-9, 696-785, 786, 789, 872-874, 878-880

- Aléa boursier, 738
- Analyse des risques juridiques, 773-785, 880
- Assurances de groupe, 727-733
- Catégorisation des clients, 740-742, 750, 751-754, 755-756
- Connaître son client, 749
- Conditions d'existence, 761-763
- Contenu, 748-760
- Devoir de se renseigner, 739
- Droit belge, 700
- Evolution, 707
- Fondements, 397, 518
 - Economiques, 399, 438-440, 452, 459, 463-464, 466-474
 - Juridiques, 482, 483, 498, 508-511, 513, 514
 - Sociaux, 478-480, 513
- Notion, 696-700, 702-706
- Objet, 704
- Obligation de moyens, 737
- Obligation jurisprudentielle, 698, 736
- Obligation légale, 699
- Périmètre, 697, 707-733
- Prestataires de services d'investissement (PSI), 709 -719

- Preuve, 764, 765
- Principe de non-ingérence, 708
- Recommandation à caractère individuel, 706
- Recommandation personnalisée, 705
- Règlement général AMF, 747
- Sanctions, 766- 772
- Sollicitation personnalisée du client, 724
- Suitability test, 759
- Typologie, 735
- Vente conseillée, 725

Obligation de mise en garde, 6-9, 643-695, 786, 788, 872-874, 878-880

- Analyse des risques juridiques, 680-695, 880
- Conditions d'existence, 665-673
- Contenu, 656-664
- Devoir de se renseigner, 658, 659
- Distinction, 644, 645, 647,
- Clients profanes, 667, 668,
- Clients avertis, 667, 669, 670
- Fondements, 397, 518
 - Economiques, 399, 438-440, 452, 459, 463-464, 466-474
 - Juridiques, 482, 483, 498, 508-511, 513, 514
 - Sociaux, 478-480, 513
- Inégalité des parties, 666
- Notion, 643-649, 656-664
- Obligation jurisprudentielle, 650, 651
- Obligation légale, 653
- Obligation d'émettre un avertissement, 660
- Obligation d'octroyer un crédit adapté, 663, 664
- Preuve, 674-677
- Risque d'endettement, 671
- Sanctions, 678-679
- Typologie, 650-655

Optimum de Pareto, 418

Obligation d'éclairer son client, 727-733

P

Performance, 12, 82

Perte de chance, 587, 588, 628, 679, 767, 768, 769, 793

Pertes attendues, 37, 216

Pertes inattendues, 37, 216

Philosophie, 402, 405

Prestataires de services d'investissements (PSI), 603-610, 714, 715

Prévention des risques : 57 -59

Préjudice, 363, 679, 767, 769

R

Ratio de couverture, 247

Ratio de solvabilité, 223

Régulation, 159, 160

Réputation, 153, 249, 601

Responsabilité

- Civile : 56,363, 590, 591,
- Délictuelle, 586
- Contractuelle, 587, 678, 766, 767, 769
- Disciplinaire, 195, 366, 367, 600, 770-772
- Pénale, 364, 592-597

Réticence dolosive V. *consentement*

Réclamation clientèle, 615, 616, 619

Revirement jurisprudentiel, 336, 623

Règles de bonne conduite, 455, 456, 474, 569, 570, 610, **712**, 713, 746, 747, 750, 753, 756

Risque

- Acception économique, 27-34
- Acception juridique, 36-38
- Cartographie V. *cartographie des risques*
- Causes, 10, 260, 261, 323, 332-336, 620-625, 689, 690
- Calcul des risques, 270, 271, 272, 273, 274, 275
- Connaissance des risques, 277 – 305, 325, 386
- Conséquences, 10, 82, 286-305, 340-344
- Criticité, 266, 526
- Etymologie, 23
- Evaluation, 91, 262, 302- 305, 356-386
- Fréquence, V. *Fréquence*
- Gestion, V. *Gestion des risques*
- Incidents avérés, 290
- Incidents potentiels, 291, 356
- Méthodologie générale de gestion des risques V. *Gestion des risques*
- Notion, 23-26
- Omniprésence, 19
- Risque bancaire, 87, 88,
- Risque de crédit, 89, 90
- Risque de liquidité, 96, 97, 99
- Risque de marché, 94-96
- Risque opérationnel, 91-93, 228, 280
- Risques acceptés, 319, 320
- Risques d'amplitude, 379, 383, 384, 527,
- Risque systémique, 153, 160
- Risques fréquents, 379, 380, 381, 382, 527
- Risque brut, 836, 837, 838
- Risque net, 839
- Traitement des risques, 306-315, 800, 802, 804 -841
- Typologie des risques, 31, 527

Risques juridiques, 35, 36, 69, 83, 85, 100, 101, 150, 151, 329

- Acception classique, 38- 60, 85
- Acception orientée vers la gestion des risques, 37, 61-64, 84-85

- Définition, 66-69, 71, 73, 77, 83-85
 - Prévention des risques, 57-59
 - Risques juridiques et clauses contractuelles, 39-49
 - Risques juridiques et théorie des risques, 50-55
 - Risques juridiques bancaires, 5, 68, 86, 93, 100-118, 123, 141-146, 147-149, 328, 330-339, 387, 391, 528
 - Définition, 102-109, 111-114, 118, 147-149, 328, 330-339, 387, 528,
 - Enjeux, 100 -101, 392
 - Particularités, 107-118, 141-146
 - Risques juridiques d'entreprise, 65-67, 69-70
 - Risques juridiques structurels, 79
 - Risques juridiques fonctionnels ou opérationnels, 80
 - Sources du risque juridique, 75
 - Théorie du risque, 56
- Risk management**, 12, 81, 150, 253, 255, 265, 275, 323, 324, 387, 393
- RWA (risk weighted assets)**, 223

S

Sanctions

- Civiles, 363
- Disciplinaires, 365-368
- Pénales, 364

Séparation des activités bancaires et financières, 4, 178

Scénario de risque, 292, 633-636

Single Rulebook, 206

Suitability test, 759

Solvabilité, 153, 250

Surveillance, V. *Supervision*

Supervision : 157-158, 160, 184, 185, 189, 198, 199, 201, 203 -212, 214

- Macro-prudentielle : 204
- Mécanisme de surveillance unique : 184, 199, 209-212
- Micro-prudentielle : 205-208
- Objectifs : 177-179
- Organisation : 180 -184
- Périmètre : 163 ; 165-170, 173, 174, 179
- Supervision intégrée : 183
- Supervision interne : 185
- Supervision nationale : 198-199
- Supervision en Belgique : 182
- Supervision européenne : 184, 199, 201, 203 -212
- Système européen de surveillance financière (SESF): 203

Stratégie, 37, 61, 62, 67, 102, 103, 117, 146, 148, 151, 167, 170, 185, 186, 630-632, 677

Système européen de surveillance financière (SESF) V. supervision

Système financier, 90, 174, 175, 177-179, 191, 193, 201, 207

Subprimes, 90

T

Théorie du risque, 56

Transparence, 400, 408, 532

Traitement des risques, V. *Risque*

Twin Peaks, 182

Titrisation, 90

TEG, 597

Test d'évaluation de l'adéquation du produit V. *suitability test*

Support durable, 583

U

Union bancaire, 13, 184, 209

Table des matières

Plan général	11
Introduction	13
I. Objet de l'étude	13
II. Méthode	24
III. Plan	28
Première partie :	31
Gestion des risques juridiques bancaires	31
Titre I	33
Détermination de la notion de risque juridique bancaire	33
Chapitre I.....	33
La notion de risque en économie et en droit.....	33
Section I – Le risque et l'économie	35
Section II – Le risque et le droit.....	39
§1. Approche classique : les mécanismes utilisés par le droit privé pour aménager les risques.....	44
A. Risques et clauses contractuelles.....	45
1. Principe de licéité des aménagements contractuels des risques	45
2. Les limites de la liberté des aménagements contractuels des risques.....	48
3. Les clauses limitatives ou exclusives de responsabilité	49
B. La théorie des risques en droit des contrats	53
C. La théorie du risque et la responsabilité civile.....	58
D. Mécanismes ayant comme finalité la prévention des risques	60
§2 Approche orientée vers la gestion	62
A. Définition du risque juridique de l'entreprise	64
1. Définition proposée par la Fédération européenne des associations de gestion des risques.....	64
2. Définition proposée par l'« International Bar Association ».....	65
3. Définition proposée par le Comité de la Réglementation bancaire et financière de la Banque de France	66
4. Définitions données par la doctrine.....	67
5. Notre définition.....	69
B. La division des risques juridiques de l'entreprise.....	70
1. Les risques juridiques structurels.....	71
2. Les risques juridiques fonctionnels ou opérationnels	72
C. La gestion des risques juridiques ou le legal risk management.....	74
CONCLUSION DU CHAPITRE I	76
Chapitre II	78
Les risques de la banque.....	78
Section 1 : Division des risques bancaires	79
§1. Le risque de crédit	80
§2. Le risque opérationnel.....	82
§3. Le risque de marché et le risque de liquidité	83
Section 2 : Le risque juridique bancaire- composante du risque bancaire opérationnel.....	86
§1. Les enjeux du risque juridique bancaire	86
§2. Définition et caractéristiques du risque juridique bancaire.....	88
A. Le risque juridique bancaire est un risque opérationnel.....	89
B. Le risque juridique bancaire est à géométrie variable	90
1. Identification par « propriétaire du risque » ou activité concernée	90
2. Identification par les conséquences.....	92

3.	Identification par les causes.....	92
4.	Identification par l'adoption d'une approche mixte	93
C.	Le risque juridique bancaire est multidimensionnel	94
D.	Le risque juridique est différent du risque de non-conformité (compliance).....	96
1.	Le cadre réglementaire dans lequel s'inscrit la conformité/compliance.....	96
2.	Critères de distinction	99
a)	Finalités différentes.....	99
b)	Compétences et rôles différents.....	101
3.	Quelques illustrations à travers des scénarios de risque opérationnel.....	102
a)	Un scénario classique de risque de non-conformité, illustration tirée de la réglementation en matière de blanchiment d'argent	102
I.	Description du contexte.....	102
II.	Analyse de scénario de risque de non-conformité.....	105
b)	Un scénario classique de risque juridique, illustration tirée de la réglementation en matière de blanchiment d'argent.....	107
I.	Description du contexte.....	107
II.	Analyse de scénario du risque juridique	108
	CONCLUSION DU CHAPITRE II	109
	CONCLUSION DU TITRE I.....	110
	Titre II.....	113
	Détermination des enjeux et de la méthodologie générale de la gestion du risque juridique bancaire.....	113
	Chapitre I.....	114
	Les principaux enjeux de la gestion du risque opérationnel.....	114
	Section I : La surveillance des banques.....	114
	§1. Le périmètre et les objectifs de la surveillance bancaire	115
	A. Le périmètre de la supervision.....	116
	1. La gestion financière.....	117
	a) La solvabilité des banques, mesurée sur la base des ratios de fonds propres.....	118
	b) Le contrôle des grands risques.....	119
	c) Le contrôle de tous les types de risques.....	120
	d) Le contrôle du coefficient de liquidité	121
	2. La déontologie professionnelle	123
	B. Les objectifs.....	124
	1. La protection des créanciers et utilisateurs du système financier	125
	2. La protection du bon fonctionnement du système financier.....	126
	3. La confiance du public dans le système	127
	§2. L'organisation de la surveillance des banques.....	128
	A. La surveillance interne.....	131
	B. Le contrôle externe non institutionnel ou l'audit externe.....	135
	C. La surveillance prudentielle au niveau national	136
	1. Les autorités nationales de contrôle : ACPR et AMF	139
	2. Les changements à venir.....	143
	D. La surveillance prudentielle au niveau européen.....	144
	1. Le système européen de surveillance financière	146
	2. Le mécanisme de surveillance unique – dans la perspective d'une union bancaire	150
	CONCLUSION DE LA SECTION I :.....	154
	Section II : La réglementation en matière de capitaux propres	155
	§1. La réglementation au niveau international : les Accords de Bâle	156
	A. L'historique des réglementations bâloises en matière de fonds propres.....	158
	1. Bâle I.....	158

2. Bâle II.....	159
3. Bâle III.....	160
B. L'architecture des accords Bâle II et Bâle III.....	161
§2. La réglementation au niveau européen: la traduction du dispositif bâlois dans le marché intérieur.....	162
§3. La réglementation nationale en matière de fonds propres.....	167
CONCLUSION DU CHAPITRE I.....	170
Chapitre II.....	172
Application de la méthodologie générale de la théorie de gestion des risques au cas du risque juridique bancaire	172
Section I : La méthodologie générale de la théorie économique de gestion des risques	172
§1 Analyse qualitative et quantitative.....	173
A. Analyse qualitative.....	173
1. La démarche inductive ou la méthode descendante.....	173
2. La démarche déductive ou la méthode ascendante	174
B. Analyse quantitative	175
1. Les éléments essentiels de l'analyse quantitative.....	176
2. Les méthodes du calcul du risque opérationnel	178
a) L'approche indicateur de base	178
b) L'approche standard.....	179
c) L'approche « mesure avancée ».....	179
§2. La méthodologie générale de la gestion des risques (<i>risk management</i>)	181
A. La connaissance des risques.....	181
1. Le référentiel réglementaire ou les éléments constitutifs du risque opérationnel selon le Comité de Bâle	182
2. Le référentiel propre à chaque établissement.....	183
3. La cartographie des risques.....	185
a) Incidents avérés versus incidents potentiels	187
b) Les scénarios de risque.....	188
4. La collecte de données.....	189
a) Données internes.....	189
b) Données externes.....	190
5. L'évaluation des risques	191
B. Le traitement des risques opérationnels	191
1. Le contrôle interne	192
a) Le contrôle permanent des risques opérationnels	194
b) Le contrôle périodique.....	195
2. Facteurs d'atténuation des risques.....	196
C. La gestion des risques opérationnels	197
1. Le suivi et le traitement des informations	197
2. Définition des niveaux de risques acceptés	198
3. Mise en œuvre des plans d'action et des plans de continuité d'activité.....	198
CONCLUSION DE LA SECTION I.....	200
Section II: Application de la méthodologie générale de la gestion des risques au cas du risque juridique bancaire	201
§1. L'identification du risque juridique bancaire	201
A. La cartographie du risque juridique bancaire.....	202
1. La définition du risque juridique bancaire	202
2. La typologie des risques juridiques bancaires	204
a) Un incident de risque opérationnel bancaire est de nature juridique lorsqu'un processus juridique est inadéquat ou défaillant.....	204

b) Un incident de risque opérationnel bancaire est de nature juridique lorsqu'il résulte des facteurs d'insécurité provenant de la loi ou des revirements jurisprudentiels.....	205
c) Le risque juridique résulte de la défaillance d'un processus « métier » ayant des effets juridiques	206
3. Ventilation entre lignes de métier et classification des événements générateurs du risque juridique	207
a) Les risques sont cartographiés en prenant en compte une liste préalable des métiers bancaires.....	207
b) Les risques juridiques seront cartographiés en se rapportant aux catégories de risques génériques indiqués par le régulateur	208
B. La collecte des données internes et externes.....	210
1. Les données internes	210
2. Les données externes	212
A. L'évaluation est difficile	214
1. Sanctions civiles, pénales et disciplinaires potentiellement applicables à l'ensemble des risques juridiques	215
2. Autres conséquences potentiellement applicables à l'ensemble des risques juridiques.....	220
a) Le coût du procès.....	221
b) Risque d'image et autres conséquences.....	222
B. L'évaluation des risques juridiques est opportune.....	223
1. La mesure des risques juridiques	223
2. Identification de la criticité des risques potentiels	224
CONCLUSION DE LA SECTION II	227
CONCLUSION DU CHAPITRE II	228
CONCLUSION DU TITRE II	229
CONCLUSION DE LA PREMIERE PARTIE.....	230
Deuxième partie : Application de la méthodologie de la gestion des risques aux obligations d'information, de mise en garde et de conseil du banquier	232
Titre I	233
Fondements économiques, juridiques et sociaux.....	233
Chapitre I.....	234
Fondements économiques.....	234
Section I : Du libéralisme classique à la doctrine économique du marché fonctionnel	235
§1 Considérations introductives.....	236
A. Le libéralisme économique classique.....	241
B. La pensée libérale néo-classique (1860-1930).....	245
C. Le dépassement du libéralisme traditionnel (classique et néo-classique)	248
1. Les libéraux qui pensent à la réduction des inégalités sociales.....	248
2. Les défaillances du marché et l'intervention de l'Etat dans la vision keynésienne.....	250
3. La théorie ordo-libérale ou l'Ecole allemande de Freiburg	251
4. La nouvelle microéconomie et le comportement du consommateur	252
a) Sélection adverse	254
b) Aléa moral.....	255
D. Les enseignements à retenir pour illustrer le fondement économique.....	257
§2 Les voies d'introduction de la doctrine libérale économique dans les obligations d'information, de mise en garde et de conseil	259
A. Par la conception française du droit de la consommation	260
B. Par le droit européen de la consommation.....	261
1. La doctrine du marché fonctionnel ou l'économie sociale de marché	264
2. Ambivalence de la politique européenne de protection du consommateur	265

a) La réalisation du marché intérieur- finalité première	265
b) La protection d'une partie réputée faible - deuxième finalité	267
C. Par la déontologie bancaire et financière	269
CONCLUSION DE LA SECTION I :	273
Section II : Les obligations d'information, de mise en garde et de conseil du banquier - instruments de correction des imperfections du marché	274
§1 A la recherche de l'équilibre du marché.....	274
A. Une concurrence loyale	275
B. Une concurrence saine.....	276
§2 A la recherche de l'équilibre des intérêts économiques divergents	278
A. Les intérêts des clients.....	278
B. Les intérêts des professionnels bancaires.....	279
CONCLUSION DE LA SECTION II	281
CONCLUSION DU CHAPITRE I	282
Chapitre II	285
Fondements social et juridique	285
Section I : Fondements sociaux	286
§1 Progrès social.....	286
§2 Idéal égalitaire	287
Section II : Fondements juridiques	288
§1 Instruments pour rééquilibrer la relation contractuelle	289
A. La justification tirée du principe de bonne foi.....	290
1. Le concept de bonne foi en droit des contrats.....	291
a) La notion de bonne foi.....	291
b) Evolution.....	293
2. Le rôle créateur de la bonne foi	295
B. La justification tirée de l'inégalité des compétences des parties	299
1. Evolution.....	299
2. Une égalisation des parties par le droit.....	302
§2 La marque d'une transformation du droit des contrats	304
CONCLUSION DU CHAPITRE II	306
CONCLUSION DU TITRE I	309
Titre II.....	310
Obligations d'information, de mise en garde et de conseil du banquier : contraintes et boucliers	310
Chapitre I.....	311
Les obligations d'information, de mise en garde et de conseil du banquier : analyse juridique et illustration du risque opérationnel juridique	311
Section I : L'obligation d'information du banquier envers ses clients.....	315
§1 Existence et exécution de l'obligation d'information du banquier	316
A. Notion.....	317
B. Typologie	318
1. Obligations d'information précontractuelles et contractuelles	318
2. Obligations d'information ayant une incidence sur le consentement ou sur l'exécution du contrat.....	319
3. Obligations d'information jurisprudentielles et légales.....	320
4. Obligations d'information de droit commun et de droit spécial.....	321
a) Obligation d'information de droit commun	322
I. L'état du droit positif	322
II. Les projets de réforme du droit français des contrats.....	326

III. Les projets d'harmonisation européenne du droit des contrats	329
b) Les obligations d'information de droit spécial	330
I. Obligation d'information due aux consommateurs	330
II. Obligations d'informations spéciales dues aux clients bancaires	340
C. Les conditions d'existence de l'obligation d'information	344
1. Les conditions tenant à la qualité des parties.....	344
2. Les conditions tenant à l'inégalité entre les parties.....	345
3. Les conditions tenant aux conséquences de l'information transmise sur le consentement	346
D. La preuve	346
E. Les sanctions pour défaut d'information	350
1. Sanctions juridiques.....	351
a) Sur le plan du droit commun des contrats	351
b) Sur le plan du droit spécial	355
I. La déchéance du droit aux intérêts.....	355
II. Les sanctions pénales.....	356
III. Les autres sanctions.....	359
2. Sanctions disciplinaires et pécuniaires	360
F. Chevauchement du droit civil classique avec les textes spéciaux	361
1. Un constat généralisé en matière bancaire.....	361
2. L'exemple révélateur de l'obligation d'information à la charge du banquier prestataire de services d'investissement.....	362
a) L'obligation d'information consacrée par la jurisprudence	362
b) L'obligation d'information légale introduite par la transposition de la directive MIF 364	
§2 Analyse des risques juridiques liés au non-respect de l'obligation d'information du banquier	366
A. Les risques juridiques fréquents	366
1. Description.....	366
2. Cas avérés.....	369
3. Causes.....	372
4. Conséquences	375
5. Contrôles.....	376
6. Stratégies / Propositions	377
B. Un exemple de risque juridique d'amplitude: les clients se retournent contre la banque pour défaut d'information précontractuelle et pratique commerciale trompeuse.....	378
1. Description.....	379
2. Cas avérés.....	380
3. Causes.....	382
4. Conséquences	382
5. Propositions	384
Section II : L'obligation de mise en garde du banquier envers ses clients.....	384
§1 Existence et exécution de l'obligation de mise en garde du banquier	384
A. Notion.....	385
B. Typologie	387
1. Obligation de mise en garde d'origine jurisprudentielle	387
2. Obligation de mise en garde d'origine légale	388
C. Contenu.....	390
1. Le devoir de se renseigner sur la situation des emprunteurs	391
2. L'obligation d'émettre un avertissement.....	392
3. L'obligation d'octroyer un crédit adapté aux capacités financières de ses clients	393
D. Conditions d'existence de l'obligation de mise en garde	394

1.	L'asymétrie de l'information.....	394
2.	L'existence d'un risque d'endettement.....	397
E.	Preuve.....	398
F.	Sanctions	399
§2	Analyse des risques juridiques liés au non-respect de l'obligation de mise en garde du banquier	399
A.	Observations préliminaires	400
B.	Analyse qualitative	400
1.	Description.....	401
2.	Cas avérés.....	402
3.	Causes.....	404
4.	Conséquences	404
5.	Contrôles.....	405
6.	Propositions.....	405
Section III:	L'obligation de conseil du banquier envers ses clients.....	405
§1	Existence et exécution de l'obligation de conseil du banquier.....	408
A.	Notion.....	408
1.	Définition	408
2.	Le conseil : l'objet précis de l'obligation	409
B.	Périmètre	411
1.	Un domaine de prédilection	412
a)	Les textes applicables.....	412
b)	Les relations contractuelles entre un banquier prestataire de services d'investissement et son client.....	413
c)	Champ d'application restreint	416
2.	Un domaine controversé.....	419
C.	Typologie.....	423
1.	L'obligation de conseil dégagée par la jurisprudence.....	423
a)	Le banquier prestataire de services d'investissement doit fournir un conseil adapté 425	
b)	Le banquier prestataire de services d'investissement doit agir en bon professionnel 426	
2.	L'obligation de conseil d'origine législative et règlementaire	427
D.	Contenu	429
1.	La connaissance du client.....	429
a)	Notion de client professionnel et non professionnel et de contrepartie éligible ...	430
b)	Information des clients sur leur catégorie.....	431
2.	La recherche d'un produit adapté aux besoins du client	432
E.	Conditions.....	432
F.	Preuve.....	434
G.	Sanctions.....	435
1.	Responsabilité contractuelle.....	435
2.	Responsabilité disciplinaire	437
§2	Analyse des risques juridiques liés au non-respect de l'obligation de conseil du banquier prestataire de services d'investissement.....	439
A.	Observations préliminaires	439
B.	Analyse qualitative	440
1.	Description.....	440
2.	Cas avérés.....	440
3.	Causes.....	442
4.	Conséquences	442
5.	Contrôles.....	444

6. Stratégie/Propositions	444
CONCLUSION DU CHAPITRE I.....	445
Chapitre II	451
Traitement et gestion des risques opérationnels juridiques	451
Section I : Traitement des risques juridiques.....	451
§1. Dispositif de contrôle juridique	452
A. Types de contrôles	452
B. Acteurs et responsabilités.....	453
§2. Actions spécifiques de la prévention/protection en matière de risques juridiques.....	454
A. Les moyens d'atténuation du risque juridique.....	454
3. Utilité d'une sensibilisation constante des collaborateurs	454
4. L'utilité d'une veille juridique constante	455
5. La sécurisation du cadre contractuel.....	455
a) L'entrée en relation.....	455
I. L'indiscutable utilité de la connaissance du profil du client	456
II. Utilité mitigée des clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité	457
III. Utilité d'une bonne gestion des obligations légales et jurisprudentielles d'information, de mise en garde et de conseil	459
IV. Traçabilité et preuve – des moyens de réduction de risque.....	462
b) Au cours du déroulement du contrat.....	463
4. Adoption d'une politique centrée sur la primauté de l'intérêt du client.....	463
B. Risque brut et risque net.....	464
Section II Gestion des risques juridiques.....	467
§1. Mise en place d'une politique générale de gestion des risques juridiques	467
A. Les acteurs du management des risques juridiques	467
1. Une étroite coopération entre plusieurs acteurs.....	467
2. Les conséquences de la coopération entre les divers acteurs de la gestion du risque juridique	469
B. Elaborer la politique du management des risques juridiques	470
1. Contenu de la politique générale des risques juridiques.....	470
2. Les saines pratiques pour la gestion et la surveillance du risque opérationnel selon le Comité de Bâle.....	471
§2. Assurer le suivi et le pilotage du dispositif de gestion.....	473
A. Suivi et notification	473
B. Le pilotage	474
1. Mise à jour constante des procédures.....	475
2. Veille permanente sur les incidents juridiques.....	476
3. Guidance par le service juridique central et réajustement permanent de la politique juridique.....	477
CONCLUSION DU CHAPITRE II	478
CONCLUSION DU TITRE II.....	479
CONCLUSION DE LA DEUXIEME PARTIE	481
CONCLUSION GENERALE	483
Bibliographie.....	492
Table alphabétique.....	520
Table des matières	530

