

Que reste-t-il au XXI^e siècle du devoir de non-ingérence du banquier ?

JÉROME LASSERRE CAPDEVILLE

Docteur en droit

Université de Pau et des pays de l'Adour

jlasserrecap@yahoo.fr

Le devoir de non-ingérence du banquier se trouvant confronté, de plus en plus souvent, à d'autres devoirs généraux exprimant des exigences contraires, il convient de rechercher s'il demeure effectif à l'heure actuelle. Or, il semble que malgré le nombre croissant des cas dans lesquels le banquier est tenu de s'immiscer dans les affaires de ses clients, le devoir jurisprudentiel de non-ingérence perdure en droit français. En effet, à défaut d'être dans une des hypothèses jurisprudentielles ou légales imposant au banquier d'être vigilant, le principe demeure.

1. Le banquier ne saurait bénéficier, dans l'exercice de sa profession, d'une liberté absolue. Il peut voir, en effet, sa responsabilité civile engagée aussi bien par ses clients, sur le fondement de la responsabilité contractuelle, que par des tiers, en vertu des articles 1382 et suivants du Code civil. C'est ainsi que, cherchant à adapter les règles de droit commun à l'activité bancaire, la jurisprudence a dégagé, au cours du XX^e siècle, des principes propres à la profession de banquier, permettant aux magistrats d'apprécier le caractère fautif ou non de ses agissements. Si certains de ces principes¹, qui fixent dès lors les limites que le banquier ne peut franchir sans engager sa responsabilité, ont été repris par le législateur, tel le secret bancaire², d'autres demeurent de nature simplement jurisprudentielle. Il en va plus particulièrement ainsi avec le principe de non-ingérence.

1 Sur ces principes dits « généraux », F. Boucard, *Les devoirs généraux du banquier*, Juris-Classeur, Commercial, fascicule 343, 2003, n° 1 et s. L'auteur y inclut le devoir de vigilance, le principe de non-immixtion, les obligations d'information et de conseil et enfin le secret bancaire.

2 La notion de « secret bancaire » recouvre, en réalité, deux concepts distincts : une obligation de discrétion, dont la violation est civilement réprimée, et le secret professionnel du banquier, dont le non-respect fait encourir au professionnel une sanction de nature pénale. J. Lasserre Capdeville, *Le secret bancaire, étude de droit comparé (France, Suisse, Luxembourg)*, thèse, Pau, 2004, n° 19.

3 F.-J. Credot, *Le principe de non-ingérence et le devoir de vigilance, état de la jurisprudence avant la loi nouvelle*, in colloque Blanchiment des capitaux, Banque & droit, n° spécial, 1991, p. 17 ; J. Lacotte, *Quelles limites au devoir de non-ingérence de la banque ?*, Banque & droit, 1999,

2. Ce dernier, encore dénommé principe de non-immixtion³, voire devoir de discrétion⁴, impose aux établissements de crédit de ne pas intervenir dans les affaires de leurs clients, soit en s'informant sur leurs affaires, soit en réalisant de leur propre chef des opérations pour le compte des clients. Il place donc l'établissement bancaire dans une position de neutralité. Cette règle, dégagée par un arrêt de la Cour de cassation du 28 janvier 1930⁵ et souvent réaffirmée par la jurisprudence⁶, présente ainsi une double finalité : d'une part, la protection du client contre les ingérences du banquier dans ses propres affaires et, d'autre part, la préservation de l'établissement de crédit contre les actions en responsabilité qui pourraient être engagées contre lui dans les hypothèses où l'opération effectuée se révélerait préjudiciable pour le client ou pour les tiers.

n° 65, p. 10.

4 J.-L. Rives-Lange et M. Contamine-Raynaud, *Droit bancaire*, éd. Dalloz, 1995, Paris, 6^e éd., n° 171. Ce terme est cependant susceptible, à notre sens, d'entraîner une confusion avec l'obligation de discrétion à la charge du banquier intégrée dans le secret bancaire. V. supra, note n° 2.

5 Cass. civ., 28 janvier 1930, RTD Civ., 1930, p. 369, obs. Demogue. Aux termes de ce dernier, « aucune règle de droit ne met à la charge d'un dépositaire l'obligation de procéder spontanément à la vérification de l'identité du déposant ou des droits de celui-ci sur l'objet déposé, pas plus lors du dépôt que de la restitution ».

6 V. par ex., Cass. com., 25 avril 1967, JCP, 1967, II, 15306, note Gavalda ; Cass. com., 30 octobre 1984, Bull. civ., 1985, IV, n° 285 ; Cass. com., 30 janvier 1990, Banque, 1990, n° 505, p. 535, obs. Rives-Lange ; Cass. com., 15 juin 1993, Bull. civ., 1993, IV, n° 239.

3. Le devoir de non-ingérence n'étant toujours pas, à ce jour, expressément reconnu par la législation⁷, la doctrine a tenté de trouver un fondement à ce principe. Les auteurs se sont alors opposés sur cette question. Certains ont ainsi perçu le devoir comme un prolongement du secret des affaires⁸ ou du secret bancaire⁹. Le banquier supporterait ainsi envers son client une obligation de discrétion, qui aurait pour conséquence de le cantonner dans une ignorance dont il pourrait se prévaloir contre ceux qui lui reprochent un défaut d'investigation. Dans un sens relativement proche, le respect de la vie privée serait, pour d'autres auteurs, le fondement du principe¹⁰. D'autres encore y ont vu une illustration du devoir de loyauté du banquier¹¹. Enfin, pour un ultime courant doctrinal¹², le principe de non-ingérence trouverait son fondement le plus solide dans le droit commun de la responsabilité, avec lequel il interfère.

4. La plupart de ces fondements sont, à notre sens, insuffisants. Tout d'abord, le secret des affaires paraît être un principe beaucoup trop flou pour pouvoir constituer le fondement du principe de non-ingérence. En effet, la législation française ne protège pas de façon générale le secret des affaires, mais se limite à préserver certains secrets dans le domaine des affaires, comme le secret de fabrique¹³. Ainsi, l'expression même « secret des affaires » ne figure pas dans le droit français. En fait, seuls les tribunaux s'y réfèrent parfois, comme en matière de concurrence déloyale pour refuser une mesure d'instruction *in futurum* alors qu'aucune circonstance ne vient corroborer les allégations du demandeur¹⁴. En outre, la référence au secret des affaires n'explique pas pourquoi le principe de non-immixtion laisse place en droit positif à un devoir d'ingérence dans des hypothèses assez nombreuses, notamment en cas d'anomalies apparentes¹⁵.

7 F. Grua (*Les contrats de base de la pratique bancaire*, éd. Litec, Paris, 2000, n° 53) constate simplement que les articles 221, alinéa 2 et 1938 du Code civil vont dans le même sens que le principe de non-ingérence.

8 J. Veizan, *La responsabilité du banquier en droit privé français*, éd. Litec, Paris, 1983, 3^e éd., n° 82 ; Ch. Gavalda et J. Stoufflet, note sous Cass. com., 7 janvier 1976, JCP, 1976, II, 18327 ; M. Cabrillac et B. Teyssie, obs. sous Cass. com., 11 février 1983, RTD Com., 1983, p. 592 ; J.-L. Rives-Lange et Contamine-Raynaud, op. cit., n° 171 ; J. Lacotte, op. cit., p. 10 ; F. Boucard, *Les obligations d'information et de conseil du banquier*, thèse, éd. PUAM, n° 137. Pour ce dernier auteur, le secret des affaires fonde, plus précisément, l'interdiction pour le banquier de rechercher des informations sur ses clients.

9 O. Jerez, *Le secret bancaire*, Banque éditeur, 2000, p. 29. Selon la formule de Ch. Gavalda, le principe de non-ingérence « s'arc-boute sur le secret des affaires et le secret bancaire » (note sous Cass. com., 25 avril 1967, JCP, 1967, II, 15306).

10 T. Bonneau, *Droit bancaire*, éd. Montchrétien, Paris, 2003, 5^e éd., n° 407 ; F.-J. Credot, op. cit., p. 19 ; J. Lacotte, op. cit., p. 10.

11 Y. Picod, *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, thèse, éd. LGDJ, n° 115.

12 F. Grua, op. cit., n° 53 ; S. Piedelievre, *Droit bancaire*, éd. PUF, Paris, 2003, n° 124.

13 Les articles L. 621-1 du Code de la propriété intellectuelle et L. 152-7 du Code du travail répriment la divulgation de secrets dits de fabrique entendue de manière restrictive. Dès lors, comme le résume Y. Paclot (*Les diverses facettes du secret des affaires*, Droit et patrimoine, 2002, n° 102, p. 70), la notion de secret des affaires n'a aucune consistance en droit français : « C'est un serpent de mer. Tout le monde en parle, certains l'ont vu mais il n'existe pas. »

De même, le principe de non-ingérence ne saurait être perçu comme étant un prolongement du secret bancaire, tant ces deux principes semblent différents. En effet, pour qu'une information soit couverte par le secret bancaire, il faut nécessairement que le banquier en ait eu connaissance. Or, le principe de non-immixtion tend à interdire à la banque, non pas de transmettre une information mais, au contraire, de rechercher certaines informations. Le secret bancaire ne permet donc pas d'expliquer le principe de non-ingérence.

De plus, les règles protégeant le respect de la vie privée ne sauraient, selon nous, parfaitement fonder le principe de non-immixtion. Ce dernier concerne, avant tout, les affaires du client, son patrimoine. Or, pour la jurisprudence, les informations portant sur le patrimoine ne sont pas protégées par l'article 9 du Code civil lorsque sont visés des hommes politiques¹⁶ ou des dirigeants d'entreprise¹⁷, et que le public a un intérêt légitime à avoir accès à ces informations. Par conséquent, on ne saurait fonder la non-ingérence sur les règles protégeant la vie privée, car comment expliquer le fait que le banquier ne doit pas s'immiscer dans les affaires de ses clients hommes politiques ou hommes d'affaires¹⁸ ?

5. Il semble dès lors préférable, au vu des limites précédentes, de percevoir le principe de non-ingérence comme une simple norme de comportement tenant compte des conditions particulières de l'exercice de la profession de banquier. Ce principe signifie en définitive qu'en raison de la multiplicité des opérations quotidiennes qu'il effectue, et de la difficulté d'en percer les tenants et les aboutissants, un banquier demeure dans les normes professionnelles de la prudence en limitant ses contrôles sur l'apparence des choses¹⁹.

14 Cass. civ. 2^e, 14 mars 1984, Bull. civ., 1984, II, n° 49 ; Cass. com., 5 janvier 1988, D., 1989, juris., p. 354, note Virassamy. La solution n'est cependant pas uniforme, Cour d'appel de Paris, 23 février 1996, Banque & droit, 1996, n° 48, p. 44, obs. Guillot ; Cass. civ. 2^e, 7 janvier 1999, Bull. civ., 1999, II, n° 4 ; Cour d'appel de Paris, 2 juin 1999, Juris-Data, n° 023375.

15 V. infra, n° 7 et s.

16 Cass. civ. 1^{re}, 28 mai 1991, D., 1992, juris., p. 212, note Kayser, JCP, 1992, II, 21845, note Ringel.

17 En ce sens, par ex., Cass. civ. 1^{re}, 4 octobre 1989, Bull. civ., 1989, I, n° 307 ; Cass. civ. 1^{re}, 20 novembre 1990, Bull. civ., 1990, I, n° 257 ; Cass. civ. 1^{re}, 20 octobre 1993, D., 1994, juris., p. 594, note Picod ; CEDH, 21 janvier 1999, JCP, 1999, II, 10120, note Derieux, RTD Civ., 1999, p. 359, obs. Hauser.

18 Notre critique est ainsi moins absolue que celles d'autres auteurs (S. Piedelievre, op. cit., n° 124 ; F. Boucard, op. cit., n° 134) pour qui, d'une façon générale, les informations patrimoniales ne sont pas protégées par les règles tendant à la préservation de la vie privée. Cette affirmation est, à notre sens, erronée, la jurisprudence la plus récente attestant de la préservation de ce type d'information par l'article 9 du Code civil. En ce sens, cour d'appel de Nancy, 11 septembre 2000, Juris-Data, n° 2000-136654 ; cour d'appel de Toulouse, 29 août 2002, Revue de jurisprudence sociale, 2003, n° 553 ; Cass. soc., 18 juillet 2000, Gaz. pal., 2001, I, p. 353 ; Cass. com., 8 juillet 2003, Juris-Data 2003-019869, Banque & droit, 2004, n° 93, p. 54, obs. Bonneau, RTD Com., 2003, p. 783, obs. Cabrillac ; Cass. civ. 1^{re}, 9 décembre 2003, Bull. civ., 2003, I, n° 254, Revue Lamy droit civil, 2004, n° 2, p. 35, RTD Civ., 2004, p. 264, obs. Hauser.

19 F. Grua, *Les contrats de base de la pratique bancaire*, éd. Litec, Paris, 2000, n° 53.

6. Néanmoins, au-delà de la controverse sur le fondement du principe de non-ingérence, auquel la jurisprudence n'a d'ailleurs jamais pris part, il convient d'observer que les devoirs généraux à la charge du banquier sont en constante évolution.

Dès lors, si le principe de non-ingérence a vocation à s'appliquer à l'ensemble des activités du banquier, il se trouve confronté, dans un nombre croissant de cas, à d'autres devoirs généraux exprimant des exigences contraires. En effet, l'exercice de l'activité bancaire présente des risques importants : les opérations de banque peuvent permettre la réalisation de fraudes au détriment d'un client de la banque, de l'établissement et même des tiers. Le risque lié à l'exercice de cette profession justifie alors que le banquier soit investi d'une mission de contrôle, de surveillance des opérations qu'il exécute à la demande de ses clients. Tel est l'objet du devoir de vigilance, également appelé devoir de surveillance ou devoir général de prudence²⁰, qui désigne l'obligation pour le banquier de déceler, parmi les opérations qu'on lui demande de traiter, celles qui présentent une anomalie apparente et, en présence d'une telle anomalie, de tout mettre en œuvre pour éviter le préjudice qui résulterait pour le client, pour la banque elle-même, ou pour un tiers, de la réalisation de cette opération.

Il résulte, par conséquent, d'une telle confrontation entre le devoir de non-ingérence et le devoir de vigilance un risque de limitation de l'un au bénéfice de l'autre.

Il convient, dès lors, de rechercher si le devoir de non-ingérence est toujours aujourd'hui un principe effectif ou si le développement du principe de vigilance ne l'a pas réduit, à l'image de la peau de chagrin de Raphaël de Valentin dans Balzac, au point d'en faire un principe désormais inapplicable.

Il semble, néanmoins, au vu de la loi et de la jurisprudence la plus récente, que si les limites au devoir de non-ingérence sont réelles (I), il n'empêche que ces dernières ne sont que des exceptions au principe qui perdure en dehors de ces hypothèses (II).

I Le développement des limites au devoir de non-ingérence

Les atteintes au devoir de non-ingérence, légitimées par le devoir de vigilance du banquier, résultent de la jurisprudence (A) mais aussi de textes prévoyant des obligations de contrôle ponctuelles à la charge du professionnel (B).

20 F.-J. Credot, op. cit., p. 20.

21 Ch. Gavalda et J. Stofflet, *Droit bancaire. Institutions. Comptes. Opérations. Services*, éd. Litec, Paris, 2002, 5^e éd., n° 185.

22 V. par ex. Cass. com., 25 avril 1967, JCP, 1967, II, 15306, obs. Gavalda ; Cass. com., 3 janvier 1977, Bull. civ., 1977, IV, n° 2 ; Cass. com., 30 octobre 1984, Bull. civ., 1984, IV, n° 285.

23 T. Bonneau, *Droit bancaire*, éd. Montchrétien, Paris, 2003, 5^e éd., n° 409 ; Ch. Gavalda et J. Stofflet, op. cit., n° 186 ; F. Grua, op. cit., n° 57 ; S. Piedelievre, op. cit., n° 116 ; J.-L. Rives-Lange et M. Contamine-Raynaud, op. cit., n° 171 ; J. Lacotte, op. cit., p. 12.

24 Il en va ainsi, à titre d'illustration, de l'inexistence de l'établissement bancaire désigné comme tiré d'un chèque remis à l'encaissement (TGI de la Seine, 18 novembre 1967, JCP, 1968, II, 15438, note Gavalda), avec

A Les dérogations jurisprudentielles

La portée du principe de non-ingérence connaît deux principales limites jurisprudentielles : la première résulte de la présence d'une anomalie apparente (1) et la seconde découle de l'hypothèse dans laquelle des fonds reçoivent une affectation spéciale dont le banquier a connaissance (2).

1. En présence d'une anomalie apparente

7. En vertu du principe de non-ingérence, l'établissement de crédit n'a pas à effectuer de recherches pour s'assurer que les opérations qu'un client souhaite effectuer sont régulières, sans danger pour le client et non susceptibles de nuire injustement à un tiers²¹. Néanmoins, le banquier est tenu de rester vigilant et son attention doit demeurer en éveil. Il est ainsi établi depuis longtemps pour les magistrats que le principe de non-ingérence laisse subsister la responsabilité du banquier qui accepte d'enregistrer une opération dont le caractère illicite ressort d'une « anomalie apparente »²². Le devoir de « neutralité » tombe ainsi devant l'apparence d'une opération illicite.

8. Cependant, qu'est-ce qu'une anomalie apparente ? La doctrine²³ a pris l'habitude de distinguer, à la lumière du contentieux, deux sortes d'anomalies : les anomalies matérielles et les anomalies intellectuelles. Les premières, qui affectent la régularité même du titre (falsification, imitation grossière d'une signature, grattage, etc.) permettraient ainsi d'engager facilement la faute du banquier, dans la mesure où l'altération est révélée par un simple examen du titre. Au contraire, les secondes, qui résultent des circonstances dans lesquelles l'opération se présente (montant très élevé par rapport aux revenus habituels du titulaire du compte, nombre important de chèques remis à l'encaissement, etc.), ne pourraient être soupçonnées qu'à partir de certains éléments objectifs du contexte²⁴.

9. Il est à noter, cependant, que la jurisprudence ne s'est pas prononcée en faveur d'une telle distinction, et ainsi, toute anomalie apparente doit être retenue, qu'elle soit matérielle ou intellectuelle. Certes, une anomalie intellectuelle est généralement moins visible qu'une anomalie matérielle, mais du moment qu'un examen formel permet d'en constater l'existence, elle doit nécessairement éveiller l'attention du banquier. Par conséquent, d'une façon générale, l'anomalie apparente est celle qui ne doit pas échapper au banquier diligent. Son appréciation ne peut donc se faire qu'en fonction des circonstances de chaque espèce, c'est-à-dire *in concreto*.

un chèque remis à l'encaissement avec l'endossement de l'Urssaf, alors qu'il est notoire que cet organisme n'endosse qu'à des banques (Cour d'appel de Paris, 7 février 1966, RTD Com., 1966, p. 972, obs. Becque et Cabrillac), avec la répétition systématique d'opérations laissant deviner une cavalerie (Cour d'appel d'Aix-en-Provence, 31 juillet 1975, RTD Com., 1976, p. 162, obs. Cabrillac et Rives-Lange, p. 162), avec un ordre de virement d'un montant exceptionnel mettant le compte à découvert (Cass. com., 27 février 1996, RTD Com., 1996, p. 307, obs. Cabrillac, RDJA, 1996, n° 651, JCP, 1998, éd. E, p. 321, n° 6), ou encore, à propos d'actions au porteur, du nombre anormalement important de tels titres présentés au banquier par une personne dont la situation obérée ne lui était pas inconnue (Cass. civ. 1^{re}, 8 février 1983, RTD Com., 1983, p. 96, obs. Cabrillac et Teysse).

À titre d'illustration, l'arrêt qui retient la responsabilité de l'établissement présentateur du chèque au paiement en raison du préjudice subi par le tireur est légalement justifié dès lors que cet établissement constate que, sur le chèque émis à l'ordre de la société en question, la mention d'ordre falsifiée porte sur plusieurs lettres des traces d'effacement très visibles et retient que toutes ces anomalies sont apparentes et aisément décelables par l'examen sommaire d'un employé normalement diligent²⁵. Il en va de même lorsque le chèque est émis à l'ordre de plusieurs bénéficiaires et que la banque traite le titre sans s'assurer des consentements requis²⁶. Cette solution, quant à l'anomalie apparente, est fréquemment rappelée par la jurisprudence²⁷.

10. Ainsi, en présence d'une telle anomalie, le banquier doit rechercher si elle n'est qu'apparente ou si elle est réelle et, dans ce dernier cas, il doit tout mettre en œuvre pour que le préjudice ne se réalise pas, au besoin en refusant d'exécuter l'opération. Parfois, une simple information ou un conseil donné à la personne dont les intérêts sont menacés pourra suffire. À défaut d'une telle initiative, la banque verra sa responsabilité engagée.

2. En présence d'une affectation spéciale des fonds

11. Le principe de non-ingérence dispense normalement le banquier de s'occuper de la destination que ses clients donnent aux fonds inscrits en compte lorsqu'ils en disposent. Cependant, ces fonds ont pu entrer en compte avec une affectation spéciale et, dans ce cas, le banquier doit veiller au respect de celle-ci. À titre d'exemple, la législation prévoit pour les SARL et les sociétés par actions en formation, que les apports en numéraires effectués par les associés doivent être déposés, pour le compte de la société, à la Caisse des dépôts et consignations chez un notaire, ou dans un établissement de crédit²⁸.

Pour ce faire, ces derniers ouvrent un compte spécial au nom de la société en formation. Les fonds déposés sont bloqués et ne peuvent être retirés tant que l'immatriculation de la société au Registre du commerce et des sociétés n'est pas intervenue²⁹. La faute du banquier doit, dès lors, pouvoir être caractérisée s'il vient à se dessaisir des fonds avant l'immatriculation, par exemple en acquittant sur l'ordre du gérant désigné un effet de commerce³⁰.

25 Cass. com., 10 décembre 2003, BRDA, 2004, n° 13, Banque & droit, 2004, n° 95, p. 50, obs. Bonneau.

26 Cass. com., 3 décembre 2002, RJDA, 2003, n° 534, RTD Com., 2003, p. 340, obs. Cabrillac, Banque & droit, 2003, n° 89, obs. Bonneau, D., 2003, aff., juris., p. 1756, note Djoudi.

27 V. par ex. cour d'appel de Lyon, 25 février 2000, JCP, 2001, éd. E, p. 56 ; Cass. com., 10 octobre 2000, RJDA, 2001, n° 66 ; Cour d'appel de Paris, 21 mai 2002, Banque & droit, 2003, n° 92, p. 60, obs. Bonneau ; Cass. com., 5 novembre 2002, JCP, 2003, éd. E, p. 37, note Bonneau ; Cass. com., 25 mars 2003, Juris-Data, n° 2003-018689, RJDA, 2003, n° 989 ; Cour d'appel de Paris, 14 mai 2003, Revue de droit bancaire et financier, 2004, n° 1, p. 13, obs. Credot et Gerard ; cour d'appel d'Aix-en-Provence, 19 mai 2004, Juris-Data, n° 2004-244647.

28 Articles 22 et 62 du décret n° 67-236 du 23 mars 1967.

29 Articles L. 223-8 alinéa 1^{er} et L. 225-11 du Code de commerce. Articles 23 et 70 du décret n° 67-236 du 23 mars 1967.

12. Outre les cas légaux, la destination des fonds peut être conventionnellement établie par le client avec son banquier. Dans ce cas, le devoir de non-ingérence trouve ses limites, à l'égard du client, dans le respect par le banquier des obligations contractuelles, et dans l'obligation d'exécuter celles-ci de bonne foi. Il en va ainsi, par exemple, en cas de remise au banquier des effets dont on est porteur en lui demandant d'en affecter le montant au paiement des chèques qu'on va émettre³¹, de remise à l'encaissement d'un chèque³², ou encore en cas de dépôt d'une somme par un associé sur le compte d'une société en formation avec une affectation pour l'acquisition d'un fonds de commerce³³.

Dans le domaine du financement, un problème délicat s'est posé quant à la nécessité ou non, pour le banquier, de surveiller l'affectation des fonds prêtés à son client. A priori, le principe de non-ingérence s'oppose à toute surveillance. La Cour de cassation a ainsi considéré que l'établissement bancaire n'a pas à surveiller l'utilisation de crédits destinés à financer des fonds de roulement d'une entreprise, « l'utilisation de ces sommes échappant au contrôle de la banque ³⁴ ». Néanmoins, cette règle, d'intérêt privé, n'exclut pas que la banque puisse conventionnellement, dès lors qu'elle accorde un financement spécialisé, c'est-à-dire affecté à un emploi déterminé (paiement d'une construction, d'un sous-traitant, etc.), s'engager à surveiller le respect de la destination des fonds prêtés³⁵. En cas de contentieux, les magistrats procéderont à une analyse des clauses du contrat de prêt afin de déterminer l'existence d'une telle obligation³⁶.

Outre ces dérogations jurisprudentielles, le principe de non-ingérence connaît des limites légales, certains textes imposant au banquier un devoir de vigilance plus ou moins étendu dans des hypothèses particulières.

B Les dérogations légales

L'instauration légale d'un devoir de vigilance répond, selon les cas, au souci de protéger la banque et les cocontractants de son client contre les fraudes de ce dernier, c'est-à-dire à la volonté de protéger des intérêts privés (1), ou de préserver l'intérêt général en matière de lutte contre le blanchiment d'argent (2).

30 Cass. com., 19 mai 1998, Banque & droit, 1998, n° 62, obs. Storck, Revue des sociétés, 1998, p. 763, note Stoufflet, RJDA, 1998, n° 1144, JCP, 1998, éd. E, II, 1696, note Bonneau.

31 Cour d'appel de Paris, 2 juin 1995, Revue de jurisprudence commerciale, 1996, p. 228, note Grua.

32 V. par ex., Cass. com., 19 avril 1985, Bull. civ., 1985, IV, n° 118 ; Cass. com., 23 avril 1985, Bull. civ., 1985, IV, n° 121 ; cour d'appel de Rennes, 30 octobre 2003, Juris-Data, n° 2003-229003.

33 Cass. com., 19 mai 1998, Banque & droit, 1998, n° 62, obs. Storck.

34 Cass. com., 9 mai 1978, D., 1978, juris., p. 419, note Vasseur.

35 V. par ex., Cass. com., 29 juin 1999, RJDA, 1999, n° 1086 ; Cass. com., 19 décembre 2000, RJDA, 2001, n° 356, Revue de droit bancaire et financier, 2001, p. 79, obs. Credot et Gerard ; Cass. com., 9 mai 2001, RJDA, 2001, n° 1020 ; Cass. com., 27 mars 2001, Juris-Data, n° 009046.

36 Cass. civ. 1^{re}, 12 décembre 1995, Revue de droit bancaire et de la bourse, 1996, n° 55, p. 120, obs. Credot et Gerard.

1. La préservation d'intérêts privés

13. L'exercice de l'activité bancaire présente des risques importants : les opérations de banque peuvent permettre la réalisation de fraudes au détriment d'un client de la banque, de l'établissement et même des tiers. Dès lors, afin de limiter ces risques, la jurisprudence³⁷, relayée par les textes, a imposé au banquier d'être vigilant dès l'ouverture d'un compte bancaire. Ainsi, en vertu de l'article 33 du décret n° 92-455 du 22 mai 1992³⁸, le banquier doit, avant d'ouvrir un compte, « vérifier le domicile et l'identité du postulant qui est tenu de présenter un document officiel portant sa photographie ». La responsabilité de l'établissement de crédit est donc engagée en cas d'utilisation abusive du compte s'il n'a pas été procédé sérieusement à un tel contrôle³⁹. En cas de contestation, il incombe au banquier de prouver qu'il a satisfait à son obligation de contrôle⁴⁰.

Le cas d'ouverture d'un compte au nom d'une personne morale n'est pas mentionné par le texte. Néanmoins, la pratique bancaire a étendu l'application des dispositions précitées aux personnes morales par la demande d'un extrait d'immatriculation au Registre du commerce et des sociétés⁴¹. De même, lorsqu'un compte est ouvert à destination d'une société en formation, la banque exerce envers chaque fondateur les mêmes vérifications que si elle leur ouvrait un compte individuellement pour leurs besoins personnels⁴².

14. Pareille dérogation légale au principe de non-ingérence se constate à travers l'article 30 du décret n° 92-456 du 22 mai 1992 en cas de première délivrance de chèquiers. Dans cette hypothèse, en effet, le banquier est tenu d'interroger la Banque de France qui centralise les informations relatives aux incidents de paiement des chèques et aux mesures d'interdiction d'émettre des chèques. Une interrogation aux mêmes fins est imposée, par la pratique, en cas de nouvelle demande de chèquiers, si le banquier sait que son client a été frappé d'une interdiction. En outre, lorsque le chéquier est délivré à une société en formation, la consultation doit porter sur tous

les associés fondateurs⁴³. Les chèques établis à l'aide de formules délivrées à un interdit ou à un nouveau client sans consultation de la Banque de France⁴⁴ doivent être payés par l'établissement de crédit même s'ils ne sont pas provisionnés.

2. La préservation de l'intérêt général

15. Les premières initiatives pour lutter contre le blanchiment de l'argent sale ont été prises au sein du Conseil de l'Europe puis sur le plan international⁴⁵. Par la suite, une directive européenne du 10 juin 1991 a imposé aux États membres d'adopter une législation imposant aux établissements de crédit certains contrôles⁴⁶. Néanmoins, dès avant l'entrée en vigueur de cette directive, la France s'était dotée d'un tel dispositif, régi par la loi du 12 juillet 1990⁴⁷, étendu par la loi du 29 janvier 1993⁴⁸, et codifié aux articles L. 561-1 et suivants du Code monétaire et financier. Le banquier doit ainsi, en vertu de cette législation, faire preuve de vigilance dans la gestion quotidienne des affaires de ses clients.

16. Tout d'abord, en vertu de l'article L. 563-1 du Code monétaire et financier, les banques doivent, avant « de nouer une relation contractuelle ou d'assister leur client dans la préparation ou la réalisation d'une transaction », s'assurer de l'identité de leur cocontractant par la présentation de tout document écrit probant. Il est à noter, ici, que la teneur de cette disposition a été nettement étendue par la loi n° 2004-130 du 11 février 2004⁴⁹, puisque, antérieurement à cette dernière, la banque n'était tenue d'effectuer ces vérifications qu'avant l'ouverture d'un compte. Cette modification illustre, dès lors, le recul du devoir de non-ingérence du banquier face à l'obligation légale de vigilance.

De plus, les organismes vérifient, dans les mêmes conditions, l'identité de tout client occasionnel qui leur demande d'effectuer toute opération portant sur une somme supérieure à 8 000 euros ou de louer un coffre.

Ils se renseignent, de même, sur l'identité véritable des personnes avec lesquelles « ils nouent une relation

37 Cass. com., 7 février 1962, JCP, 1962, II, 12592 ; Cass. com., 27 avril 1967, JCP, 1967, II, 15306, note Gavalda ; Cass. com., 17 janvier 1968, JCP, 1969, II, 15839, note Stoufflet.

38 Décret n° 92-455 du 22 mai 1992, pris pour l'application du décret-loi du 30 octobre 1935 modifié par la loi n° 91-1382 du 30 décembre 1991 et relatif au refus de paiement des chèques et à l'interdiction d'émettre des chèques, JO, 23 mai 1992, p. 6985.

39 V. par ex., Cass. com., 16 janvier 2001, RJDA, 2001, n° 622 ; Cour d'appel de Paris, 6 avril 2001, RJDA, 2001, n° 894, BRDA, 2001, n° 11, p. 9 ; cour d'appel de Versailles, 4 décembre 2003, JCP, 2004, éd. E, panorama, 349 ; Cass. com., 26 mai 2004, RJDA, 2004, n° 1253, BRDA, 2004, n° 12, p. 8 ; Cass. com., 23 juin 2004, D., aff., 2004, p. 2373.

40 Cass. com., 11 janvier 2000, Revue de droit bancaire et financier, 2000, p. 75, obs. Credot et Gerard, D., aff., 2000, p. 101, note Faddoul, Banque & droit, 2000, n° 70, p. 47, obs. Storck et Urban, RJDA, 2000, n° 581, RTD Com., 2000, p. 421, obs. Cabrillac, JCP, 2001, éd. E, p. 462, note Djoudi, BRDA, 2000, n° 4, p. 10.

41 Constituent des renseignements suffisants pour l'ouverture d'un compte à destination d'une société civile immobilière, le numéro d'inscription au Registre du commerce et des sociétés et les références de la carte d'identité du gérant. Cass. com., 20 novembre 2001, Banque & droit, 2002, n° 81, p. 46, obs. Bonneau. Une attestation du notaire habituel des associés peut suffire, Cass. com., 5 décembre 2000, RJDA, 2001, n° 351.

42 V. par ex., Cass. com., 18 mai 1999, Banque & droit, 2000, n° 1,

p. 69, obs. Guillot, JCP, 2000, éd. E, 1041, n° 7, obs. Gavalda et Stoufflet ; Cass. com., 11 janvier 2000, V. supra, note n° 40 ; Cass. com., 25 mars 2003, Revue de droit bancaire et financier, 2003, n° 4, p. 203, obs. Credot et Gerard.

43 Cass. com., 11 janvier 2000, V. supra, note n° 40 ; Cass. com., 6 mai 2002, Revue de droit bancaire et financier, 2002, p. 183, obs. Credot et Gerard.

44 Article L. 131-81 du Code monétaire et financier.

45 J.-P. Deschanel et D. Gaillardot, *Où en est-on du blanchiment des capitaux, de sa prévention et de sa répression ?*, Mélanges AEDBF-France, tome II, Banque éditeur, Paris, 1999, p. 159.

46 Directive n° 91-308 du 10 juin 1991, JOCE, L. 166, 28 juin 1991, p. 1. Celle-ci a été amendée par la directive n° 2001/97/C.E. du Parlement européen et du Conseil du 4 décembre 2001, JOCE, n° L. 344/76, 28 décembre 2001, p. 1.

47 Loi n° 90-614 relative à la participation des organismes financiers à la lutte contre le blanchiment des capitaux provenant du trafic de stupéfiants, JO 14 juillet 1990, p. 2242.

48 Loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques, JO, 30 janvier 1993, p. 1588.

49 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, JO, 12 février 2004, p. 2842.

contractuelle ou qui demandent leur assistance dans la préparation ou la réalisation d'une transaction » lorsqu'il leur apparaît que ces personnes pourraient ne pas agir pour leur propre compte. Ils peuvent alors demander, pour ce faire, la présentation de tout document ou justificatif qu'ils estiment nécessaire.

17. Outre ces vérifications portant sur les personnes intéressées par des opérations bancaires, l'obligation de vigilance mise à la charge des banquiers vise aussi les opérations elles-mêmes. En effet, l'article L. 563-3 du Code monétaire et financier impose aux organismes financiers d'exercer certains contrôles sur les opérations qui, n'étant pas visées à l'article L. 562-2, c'est-à-dire n'ayant pas à faire l'objet d'une déclaration à Tracfin⁵⁰, présentent les caractéristiques suivantes : porter sur une somme supérieure à 150 000 euros « *lorsque les opérations effectuées par un client ne sont pas habituellement supérieures* » à ce montant⁵¹, se présenter dans des conditions inhabituelles de complexité, et enfin ne pas avoir de justification économique apparente ou d'objet licite apparent. Lorsque ces conditions cumulatives sont réunies, l'organisme financier doit se renseigner auprès du client sur l'origine et la destination des sommes ainsi que sur l'objet de la transaction et l'identité de la personne qui en bénéficie⁵².

Il est à relever, ici, que le contrôle prévu à l'article L. 563-3 s'applique à toutes les opérations qui remplissent les conditions précitées, même si elles ne paraissent pas se rattacher à un trafic de stupéfiants ou encore à une activité criminelle⁵³. Par conséquent, le banquier est tenu, pour toutes les opérations portant sur une somme excédant 150 000 euros, de s'interroger sur leur caractère complexe, leur justification ou le caractère licite de leur objet. Le domaine du devoir de vigilance est donc relativement étendu⁵⁴.

18. L'article L. 563-6 du Code monétaire et financier énonce, enfin, que la personne qui n'a pas accompli l'une des obligations prévues aux articles L. 563-1 et suivants du code n'encourt une sanction qu'en cas « *d'un grave défaut de vigilance, soit d'une carence dans l'organisation des procédures internes de contrôle* ». Dès lors, lorsque de telles fautes sont constatées, l'autorité disciplinaire, c'est-

50 Tracfin (Traitement du renseignement et action contre les circuits financiers clandestins) est un service spécialisé destiné à recueillir les déclarations de soupçon en matière d'incriminations à caractère économique, commercial et financier liées à la criminalité professionnelle ou organisée, en relation notamment avec le grand banditisme, le terrorisme, ou encore le trafic de stupéfiants.

51 Article 4 du décret n° 91-160 du 13 février 1991 pris pour application de la loi n° 90-614 du 12 juillet 1990.

52 Ainsi s'agissant d'opérations ne présentant pas un caractère de complexité inhabituel, la banque n'a pas à procéder à l'examen particulier prévu par l'article 563-3 du Code monétaire et financier, Cour d'appel de Versailles, 3 avril 2003, *Revue de droit bancaire et financier*, 2004, n° 1, p. 13, obs. Credot et Gerard, *Banque & droit*, 2004, n° 97, p. 89, obs. Guillot.

53 Au contraire l'obligation de dénonciation figurant à l'article L. 562-2 du Code monétaire et financier porte sur les sommes et les opérations qui « *pourraient provenir du trafic de stupéfiants, de la fraude aux intérêts financiers de Communautés européennes, de la corruption ou d'activités criminelles organisées ou qui pourraient participer au financement du terrorisme* ».

54 Ainsi cette disposition légale met un frein à la jurisprudence qui affirmait que le banquier présentateur n'avait pas à se préoccuper de la

à-dire, pour les établissements de crédit, la Commission bancaire, engage une procédure sur le fondement des règlements professionnels ou administratifs et en avise le procureur de la République. Aucune sanction de nature civile ne peut donc être encourue par la banque⁵⁵.

19. Cette législation prévoyant une obligation de vigilance, contraire au principe de non-ingérence, dans un souci de lutte contre le blanchiment d'argent, est, en outre, susceptible d'évoluer. Ainsi, suite aux mises en examen de plusieurs hauts responsables d'établissements bancaires dans le cadre de l'affaire dite « du Sentier », le règlement n° 2002-01 du Comité de la réglementation bancaire et financière du 18 avril 2002 a mis à la charge des banques de nouvelles obligations de vigilance dans le traitement des chèques aux fins de prévention du blanchiment⁵⁶.

20. Dès lors, il ressort de ce qui précède que l'obligation de vigilance du banquier se rencontre dans un grand nombre d'opérations réalisées par le banquier, et semble se développer, comme l'attestent les modifications récentes des dispositions relatives à l'obligation en matière de lutte contre le blanchiment d'argent. Cependant, le principe de non-ingérence a-t-il disparu pour autant ? De nombreux plaignants ont tenté de mettre à la charge du banquier, ces dernières années, une obligation générale de vigilance lui imposant de détecter toutes les fraudes commises sur les comptes de ses clients. Or, les tribunaux ne l'ont pas entendu ainsi et ont, pour ce faire, confirmé l'existence du devoir de non-ingérence tout en maintenant le devoir de vigilance dans certaines limites.

II Le maintien du principe de non-ingérence

Après avoir observé que les atteintes au devoir de non-ingérence légitimées par l'obligation de vigilance ne remettaient pas en cause a contrario le principe lui-même (A), il conviendra d'illustrer le maintien de ce dernier en matière d'octroi de crédit (B).

disproportion du montant d'un chèque par rapport à celui des chèques habituellement remis par le client, Cass. com., 30 janvier 1990, *Banque*, 1990, p. 535, obs. Rives-Lange, *RTD Com.*, 1990, p. 437, obs. Cabrillac et Teyssie. Pour une application récente de cet article, Cass. com., 28 avril 2004, *Les petites affiches*, 2004, n° 107, p. 5, *Rapport Cohen-Branche, Banque & droit*, 2004, n° 96, p. 56, obs. Bonneau, D., 2004, aff., p. 1380, obs. Avena-Robardet, *JCP*, 2004, II, 10105, note Cutajar, *JCP*, 2004, éd. E, 830, note Stofflet, *RTD Com.*, 2004, p. 577, obs. Cabrillac.

55 Cass. com., 28 avril 2004, V. supra, note n° 54. Cet arrêt casse celui rendu par la Cour d'appel de Paris le 5 mars 2002, *RTD Com.*, 2002, p. 713, obs. Cabrillac, D., 2002, aff., juris., p. 1897, obs. Avena-Robardet, *Revue de droit bancaire et financier*, 2002, n° 171, obs. Credot et Gerard, D., 2003, som. com., p. 337, obs. Synvet, *JCP*, 2003, éd. E, 396, n° 6, obs. Stofflet ; *Banque & droit*, 2002, n° 84, p. 53, obs. Guillot, *BRDA*, 2002, n° 10, p. 9. Pour la haute juridiction, la victime d'agissements frauduleux ne peut se prévaloir de l'inobservation d'obligations résultant de l'article L. 563-3 du Code monétaire et financier pour réclamer des dommages-intérêts à l'établissement financier.

56 Comité de réglementation bancaire, règlement n° 2002-01 du 18 avril 2002, *JO*, 4 mai 2002, p. 8303. Ce règlement a déjà été modifié à plusieurs reprises.

A Un principe préservé a contrario

21. L'étude de la jurisprudence la plus récente rendue en matière bancaire permet de démontrer que les exceptions au devoir de non-ingérence ne l'ont pas fait disparaître. En fait, l'immixtion légitimée par l'obligation de vigilance ne vise que des hypothèses clairement délimitées et, en dehors de celles-ci, le devoir de non-ingérence perdure. Il a été ainsi démontré qu'en présence d'une anomalie apparente, le banquier doit s'immiscer dans les affaires de son client pour constater la réalité de cette anomalie, et agir afin que l'opération en question ne cause aucun préjudice à qui que ce soit⁵⁷. Cependant, a contrario, si l'anomalie n'est pas apparente, c'est-à-dire non décelable par un banquier normalement diligent, celui-ci n'a pas d'investigations particulières à mener, ce qui au demeurant ne lui serait pas possible eu égard à la massification des opérations traitées. Il doit respecter le devoir de non-ingérence, l'immixtion n'étant plus légitimée.

Par exemple, dans une affaire où une employée de maison avait falsifié habilement, et donc de façon non apparente, des chèques de son employeur afin de les encaisser sur son compte personnel, la banque n'avait aucunement à s'interroger sur la cause et le montant des mouvements de fonds litigieux⁵⁸. Cette solution quant à la falsification non apparente, et donc indécélable par le banquier diligent, a été réaffirmée à de multiples reprises⁵⁹.

22. En résumé, hormis exception jurisprudentielle ou légale, le devoir de non-ingérence perdure. De ce constat découlent alors deux conséquences.

Tout d'abord, le banquier demeure tenu de se conformer aux ordres donnés par ses clients sans chercher à s'immiscer, hors dérogations précitées, dans leurs affaires. La banque n'a donc pas à s'interroger sur l'origine des sommes portées au crédit de son client⁶⁰ ou sur la raison des opérations effectuées par ses clients⁶¹.

De plus, le banquier n'a pas à accomplir de son propre chef des opérations pour le compte du client. Le professionnel ne doit donc pas pouvoir se prévaloir d'une gestion d'affaires. C'est ainsi qu'un arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation du 12 janvier 1999 a validé la position d'une cour d'appel qui avait décidé que

57 V. supra, n° 7 et s.

58 Cass. com., 5 novembre 2002, Bull. civ., 2002, IV, n° 157 et 158, Banque & droit, n° 95, p. 55, obs. Guillot, RJDA, 2003, n° 306, JCP, 2003, éd. E, 37, note Bonneau, BRDA, 2002, n° 23, p. 9.

59 V. par ex., Tribunal de commerce de Nanterre, 31 mars 2000, Banque & droit, 2001, n° 76, p. 51, obs. Guillot ; cour d'appel d'Orléans, 8 juin 2000, Banque & droit, 2001, n° 75, p. 52, obs. Guillot ; Cass. com., 14 juin 2000, Revue de droit bancaire et financier, 2000, p. 222, obs. Credot et Gerard, Responsabilité civile et assurances, 2000, comm. n° 328, RJDA, 2000, n° 1160 ; Cass. com., 5 décembre 2000, JCP, 2001, éd. E, II, n° 1770 ; TGI de Boulogne, 12 décembre 2000, Banque & droit, 2001, n° 51, obs. Guillot ; Cass. com., 16 janvier 2001, RJDA, n° 622 ; Cour d'appel de Paris, 11 septembre 2001, D., 2001, aff., p. 3039, obs. Avena-Robardet ; Cass. com., 9 octobre 2001, RJDA, 2002, n° 192 ; Cass. com., 23 octobre 2001, D., 2001, aff., p. 3432, Banque & droit, 2002, n° 81, p. 45, obs. Bonneau ; cour d'appel de Douai, 7 mars 2002, Banque & droit, 2003, n° 89, p. 62, obs. Guillot ; Cour d'appel de Paris, 14 mai 2003, Banque & droit, 2004, n° 98, p. 62, obs. Guillot.

60 Cass. com., 15 juin 1993, Bull. civ., 1993, IV, n° 239.

61 V. par ex., Cass. com., 14 juin 2000, Revue de droit bancaire et financier, 2000, p. 222, obs. Credot et Gerard, Responsabilité civile et assurances, 2000, comm. n° 328, RJDA, 2000, n° 1160 ; Cass. com.,

la banque dépositaire manquait à son obligation de non-ingérence en prenant l'initiative d'apporter les titres de son client, dans l'intérêt de celui-ci, à une offre publique d'échange. La banque ne pouvait, dès lors, invoquer en l'espèce les règles de la gestion d'affaires⁶².

Si la survivance du devoir de non-ingérence se constate, de la sorte, dans toutes les opérations effectuées par le banquier (hors exceptions), elle transparait aussi nettement dans un certain nombre d'arrêts récents relatifs à l'octroi de crédit.

B Un principe perceptible en matière d'octroi de crédit

Le devoir de non-ingérence permet, en effet, au banquier, dans cette hypothèse, d'échapper à l'engagement de sa responsabilité délictuelle, à l'égard des créanciers de l'emprunteur (1), et contractuelle, à l'égard de l'emprunteur lui-même (2).

1. À l'égard des créanciers de l'emprunteur

23. Un crédit est susceptible de tourner au préjudice des créanciers de son bénéficiaire, car il peut être la cause de leur non-paiement. Les banques peuvent dès lors engager leur responsabilité à l'égard de tiers pour octroi de crédit à une entreprise en situation « irrémédiablement compromise ».

Des investigations relatives à la situation financière de l'emprunteur et à son aptitude à rembourser la somme demandée sont, dès lors, une pratique bancaire systématique⁶³. Ainsi, s'agissant de l'octroi d'un crédit à une entreprise, le banquier doit veiller à s'informer de la surface financière de l'emprunteur afin de ne pas accorder un crédit excessif par rapport à celle-ci. Au minimum, la banque doit exiger un extrait d'immatriculation au Registre du commerce et des sociétés et les documents comptables des derniers exercices⁶⁴, que la loi rend obligatoires, y compris les comptes prévisionnels intermédiaires. Le banquier va aussi étudier les mouvements de comptes de l'entreprise⁶⁵ ainsi qu'obtenir des renseignements sur la situation de l'entreprise auprès de la Banque de France, de l'Urssaf et du fisc. Pour un engagement important, l'audit d'un cabinet agréé par la banque est encore une exigence fréquente⁶⁶. Dès lors, si le banquier ne s'informe pas, ou

5 novembre 2002, Bull. civ., 2002, IV, n° 157 et 158, Banque & droit, n° 95, p. 55, obs. Guillot, RJDA, 2003, n° 306, JCP, 2003, éd. E, 37, note Bonneau, BRDA, 2002, n° 23, p. 9 ; Cour d'appel de Paris, 14 mai 2003, Revue de droit bancaire et financier, 2004, n° 1, p. 13, obs. Credot et Gerard ; Cass. com., 21 septembre 2004, Juris-Data, n° 2004-024933.

62 Cass. com., 12 janvier 1999, JCP, 1999, II, 10070, note Petit, Defrénois, 1999, p. 754, obs. Aubert, D., 2000, juris., p. 239, note Fiorina. La jurisprudence était cependant plus favorable à la gestion d'affaires par le passé, cour d'appel de Poitiers, 28 avril 1948, D., 1949, juris., p. 353 ; Cass. com., 14 novembre 1989, D., 1991, somm., p. 33, obs. Vasseur. M. Vasseur se refusait néanmoins à voir dans cette dernière décision un arrêt de principe, mais une solution relevant « *du folklore jurisprudentiel* ».

63 Ch. Gavalda et J. Stoufflet, op. cit., n° 368-6.

64 Cass. com., 25 avril 2001, RJDA, 2001, n° 1018.

65 I. Urbain-Parleani, *L'octroi abusif de crédit*, Revue de droit bancaire et financier, 2002, p. 367.

66 En outre, la pratique contemporaine tend à intégrer dans l'évaluation des paramètres à caractère non financier susceptibles d'influencer le développement de l'entreprise : politique sociale, maîtrise des risques d'atteinte à l'environnement, etc.

seulement insuffisamment, alors qu'il aurait pu connaître la situation irrémédiablement compromise du débiteur, sa responsabilité pour soutien abusif pourra être retenue⁶⁷. S'agissant de l'octroi d'un crédit à un consommateur, le banquier doit aussi procéder à un contrôle minimum des capacités de remboursement de l'emprunteur et du sérieux de ce dernier.

24. Or, un tel contrôle de la part du banquier n'est-il pas contraire au principe de non-ingérence ? Il convient de répondre, à notre sens, par la négative. En effet, le devoir d'information placé à la charge du banquier ne se confond pas avec une obligation d'investigation ou d'enquête minutieuse. Pour le professeur Jean Stoufflet⁶⁸, « les devoirs du banquier se limitent à une utilisation sage des moyens d'information qui sont à sa disposition. Dès lors qu'il n'existe ni anomalie, ni élément négatif manifeste, il ne saurait être fait de reproche au banquier donneur de crédit ». Ce devoir d'information ne doit donc pas déboucher sur une ingérence du banquier dans les affaires de son client⁶⁹. La banque peut sans risque s'en tenir à l'apparence et ne pas procéder à des investigations supplémentaires⁷⁰.

Ce n'est, en fait, qu'en présence d'anomalies apparentes⁷¹ ou d'informations alarmantes⁷² que la vigilance du banquier doit s'intensifier et qu'il peut être porté atteinte au devoir de non-ingérence. Cette solution n'est d'ailleurs pas surprenante dans la mesure où le constat d'une anomalie grossière légitime, sur le fondement de l'obligation de vigilance, est une exception au devoir de non-immixtion⁷³. Ainsi, a contrario, s'il n'existe aucun motif de douter de la bonne situation du client, le banquier n'a pas à solliciter des informations et des renseignements complémentaires, et le principe de non-ingérence demeure. Les créanciers de l'emprunteur ne peuvent donc, dans ce cas, intenter une action contre le banquier pour ne pas s'être immiscé dans les affaires de la personne à qui il a

octroyé un crédit. Il en va de même, semble-t-il, lorsque l'action est intentée par le bénéficiaire du crédit lui-même.

2. À l'égard de l'emprunteur

25. Une ouverture de crédit est susceptible de causer un préjudice à son bénéficiaire, parce que la charge de ce crédit est supérieure au profit que le bénéficiaire tire de l'emploi des fonds. Le banquier doit-il juger l'opportunité du crédit ? Est-il tenu, dès lors, de respecter une obligation de conseil à l'égard de son client, c'est-à-dire de veiller à ce que la conclusion du contrat soit opportune pour le cocontractant au regard de ses perspectives financières et, si ce n'est pas le cas, d'orienter sa décision en l'incitant à agir au mieux de ses intérêts⁷⁴ ?

26. Si, pour un courant doctrinal⁷⁵, le banquier dispensateur de crédit doit conseiller son client sur l'opportunité de l'opération envisagée, il est à constater que la jurisprudence tend à s'écarter de cette solution. En fait, les arrêts rendus par la chambre commerciale et la première chambre civile de la Cour de cassation sont divergents sur cette question.

Pour la chambre commerciale, tout d'abord, la banque n'est pas tenue à une obligation de conseil à l'égard de l'emprunteur, sauf lorsqu'elle a sur la situation financière de celui-ci (ou sur celle de son entreprise), ou sur les risques encourus, des informations que lui-même ignore, ce qui ne devrait se rencontrer qu'exceptionnellement. Il est peu fréquent, en effet, que l'emprunteur soit moins bien informé que l'établissement de crédit sur sa propre situation⁷⁶. Par conséquent, à défaut de démontrer l'existence de telles circonstances, le banquier ne commet aucune faute à l'égard de l'emprunteur en accordant un crédit, même s'il sait que sa situation est irrémédiablement compromise. Cette solution est fréquemment réaffirmée par la jurisprudence⁷⁷. À titre d'illustration, a pu être

67 Cette solution transparaît particulièrement dans un arrêt rendu par la Cour d'appel de Paris le 14 mai 2003, puisqu'en vertu de ce dernier, « la règle selon laquelle la banque n'a pas à s'immiscer dans les affaires de son client n'empêche aucunement qu'elle doive agir de manière raisonnable en bon professionnel et donc s'assurer qu'en égard à la situation économique de l'emprunteur telle qu'elle peut être appréciée au vu des documents comptables habituellement réclamés et au sérieux apparent des projets financés, il existe une chance sérieuse de remboursement et que la situation de l'emprunteur n'est pas irrémédiablement compromise lors de l'octroi des crédits ou ne le deviendrait pas du fait de cet octroi ». Cour d'appel de Paris, 14 mai 2003, Juris-Data, n° 2003-220489, RJDA, 2004, n° 881.

68 Jean Stoufflet, *Retour sur la responsabilité du banquier donneur de crédit*, in Mélanges Michel Cabrillac, éd. Dalloz, Paris, 1999, p. 524, n° 15.

69 Dans le même sens, F.-J. Credot, *Le principe de non-ingérence et le devoir de vigilance, état de la jurisprudence avant la loi nouvelle*, in colloque Blanchiment des capitaux, Banque & droit, n° spécial, 1991, p. 17 ; J. Lacotte, op. cit., p. 11 ; T. Bonneau, note sous Cass. com., 31 mai 1994, Bulletin Joly, 1994, p. 970. Contra, F. Grua, op. cit., n° 55. Pour l'auteur, le principe qui doit être considéré comme inapplicable en la matière et, en conséquence, cantonné aux opérations « de masse standardisées répétitives », par opposition aux opérations pour lesquelles la personnalité et l'état des affaires du client doivent être pris en compte.

70 V. par ex., Cass. com., 30 mai 2000, Banque & droit, 2001, n° 76, p. 49, obs. Guillot ; Cas. civ. 3^e, 12 mars 2003, p. 347, RTD Com., p. 347, obs. Legeais ; cour d'appel de Versailles, 27 mai 2003, RJDA, 2003, n° 1225 ; cour d'appel de Dijon, 23 mars 2004, Juris-Data, n° 2004-238380.

71 V. Avena-Robardet, obs. sous Cass. com., 24 septembre 2002, D.,

2003, aff., p. 2866.

72 Cass. com., 20 novembre 2001, RJDA, 2002, n° 267. Cass. com., 24 septembre 2002, Bull. civ., 2002, IV, n° 128, Les petites affiches, 2003, n° 7, p. 6, obs. E.C., Banque & droit, 2003, n° 87, p. 60, obs. Bonneau, RJDA, 2003, n° 176, Banque & droit, 2003, p. 60, obs. Bonneau, D., 2002, aff., p. 2866, obs. Avena-Robardet ; Cour d'appel de Paris, 25 octobre 2002, RJDA, 2003, n° 419.

73 V. supra, n° 7 et s.

74 M. Vasseur, *Des responsabilités encourues par le banquier, à raison des informations, avis et conseils dispensés à ses clients*, Banque, 1983, p. 948 ; F.-J. Credot, *L'octroi de crédits et l'obligation de conseil du banquier*, Droit et patrimoine, 1994, n° 1, p. 35 ; M. Fabre-Magnan, *De l'obligation d'information dans les contrats*, essai d'une théorie, thèse, éd. LGDJ, 1992, n° 471. Pour certains auteurs, (D. Legeais, *L'obligation de conseil de l'établissement de crédit de l'emprunteur et de sa caution*, in Mélanges AEDBF-Fance, tome 2, Banque éditeur, Paris, 1999, p. 258 et p. 263), le banquier doit, du fait de cette obligation, aller jusqu'à refuser de contracter si les conclusions de l'analyse du dossier apparaissent négatives encore plus loin.

75 V. par ex., Ch. Gavalda et J. Stoufflet, *Droit bancaire. Institutions. Comptes. Opérations. Services*, éd. Litec, Paris, 2002, 5^e éd., n° 406 ; D. Legeais, op. cit., p. 257 ; F.-J. Credot, op. cit., p. 34 ; P. Leclerc, *L'obligation de conseil du banquier dispensateur de crédit*, RJDA, 1995, p. 322. Il est à noter, cependant, que pour certains de ces auteurs (Ch. Gavalda et J. Stoufflet, op. cit., n° 368-7 ; F.-J. Credot, op. cit., p. 36), le principe de non-ingérence des banques dans les affaires de leurs clients constitue une limite à cette obligation de conseil.

76 V. néanmoins, à propos d'un crédit-bail immobilier, Cass. com., 23 juin 1998, Bull. civ., 1998, IV, n° 208.

77 V. par ex. Cass. com., 11 mai 1999, JCP, 1999, éd. E, p. 1730, note Legeais, Revue de droit bancaire, 1999, n° 75, p. 184, obs. Credot et

écartée la responsabilité d'une banque à laquelle les emprunteurs reprochaient de leur avoir consenti sans discernement un crédit excédant la valeur du bien mis en vente et sans considération de leurs capacités de remboursement déjà obérées par d'autres prêts, au motif que ces emprunteurs avaient été les demandeurs du prêt litigieux, en l'espèce un prêt relais, et disposaient des mêmes informations que la banque⁷⁸. Cette solution, fondée sur le principe de non-ingérence, puisque l'établissement de crédit n'a pas à orienter la décision de l'emprunteur, est protectrice des banques et limite considérablement les chances de succès des actions en responsabilité exercées par les clients.

27. Une solution distincte se constate, cependant, à travers la jurisprudence rendue par la première chambre civile de la Cour de cassation. Cette dernière s'est, en effet, montrée, dans un premier temps, favorable à l'obligation de conseil à la charge du banquier en déclarant, par un arrêt du 27 juin 1995⁷⁹, que manque à son devoir de conseil, et engage sa responsabilité, la banque qui consent un prêt dont les charges sont manifestement excessives au regard de la modicité des ressources de l'emprunteur, sans avoir mis en garde cet emprunteur sur l'importance de l'endettement en résultant.

Le bien-fondé de cette solution a cependant été critiqué par la doctrine⁸⁰, dans la mesure où l'obligation de conseil ne trouve sa raison d'être que dans une inégalité de compétence entre les cocontractants ou dans la confiance que l'un accorde à l'autre dans un domaine où il est normalement incompetent. Or, le souscripteur d'un crédit est généralement mieux placé que son banquier pour apprécier la rentabilité d'une opération ou ses propres capacités de remboursement.

28. Néanmoins, malgré ces critiques, la première chambre civile a déclaré récemment, par un arrêt du 8 juin 2004⁸¹, que la mise en garde formulée par une banque à l'adresse de deux époux quant à leurs facultés de remboursement ne pouvait bénéficier à un autre établissement de crédit finalement contractant. C'était donc à ce dernier de les mettre en garde, et il ne pouvait en aucun cas s'exonérer de sa responsabilité en prétendant que les emprunteurs, de mauvaise foi, étaient déjà parfaitement informés de leur situation, que la consultation d'une première banque leur avait révélée.

Gerard, RTD Com., 1999, p. 733, obs. Cabrillac, RJDA, 1999, p. 495, note Piniot, Petites affiches, 1999, n° 118, p. 12, note E.C., JCP, 1999, éd. E, p. 1218, note Bouteiller ; Cass. com., 10 octobre 2000, RJDA, 2001, n° 71 ; Cass. com., 27 février 2001, RJDA, n° 800 ; Cass. com., 9 mai 2001, RJDA, 2001, n° 1020 ; Cour d'appel de Paris, 8 mars 2002, D., 2002, aff., p. 2049 ; Cass. com., 9 avril 2002, RJDA, 2002, n° 795 ; Cass. com., 19 novembre 2002, RTD Com., 2003, p. 151, obs. Legeais, RJC, 2003, p. 167, note Moulin, BRDA, 2002, n° 23, p. 8 ; Cass. com., 4 mars 2003, Juris-Data, n° 2003-018210 ; Cass. com., 1^{er} juillet 2003, RJDA, 2004, n° 82, RTD Com., 2003, p. 793, obs. Legeais ; Cass. com., 24 septembre 2003, RTD Com., 2004, p. 142, obs. Legeais, Banque & droit, 2004, n° 93, p. 56, obs. Bonneau ; Cass. com., 7 janvier 2004, JCP, éd. E, 2004, 736, n° 21, obs. Stoufflet ; Cass. com., 18 février 2004, RTD Com., 2004, p. 583, obs. Legeais. De même, en matière de cautionnement, Cass. com., 24 juin 2003, Banque & droit, 2003, n° 92, p. 56, obs. Bonneau.

78 Cass. com., 26 mars 2002, Banque & droit, 2002, n° 84, p. 46, obs. Bonneau, RTD Com., 2002, p. 523, obs. Cabrillac, D., 2002, aff., p. 1341, obs. Lienhard, JCP, 2002, éd. E, 852, note Gourio, RJDA, 2002, n° 925.

La lecture de cet arrêt pourrait faire croire à une confirmation de l'obligation de conseil à la charge du banquier, constituant par là même une limite au principe de non-ingérence⁸². Il n'en est rien selon nous. En effet, la cour retient la responsabilité de l'établissement de crédit au motif que sa faute a concouru au dommage, sans pour autant se fonder sur la méconnaissance du devoir de conseil de l'établissement de crédit. Elle se prononce plutôt en faveur d'un devoir de mise en garde. Or, l'obligation de mise en garde se situe à l'échelon inférieur de l'obligation de conseil : il ne s'agit pas d'orienter opportunément la décision de l'emprunteur mais seulement de mettre spécialement en lumière les « aspects négatifs » du contrat⁸³, c'est-à-dire les dangers et les risques (juridique, économique, etc.) qui peuvent en découler.

Cette obligation de mise en garde étant plus proche de l'information que de l'orientation, puisque n'influant pas sur le choix de celui qui la reçoit, l'arrêt du 8 juin 2004 ne saurait tendre à une limitation du principe de non-ingérence⁸⁴. Au contraire, il convient de percevoir, à notre sens, un renforcement du principe, dans la mesure où l'obligation de conseil, évoquée par l'arrêt du 27 juin 1995, a laissé place à une obligation de mise en garde n'impliquant pas d'immixtion.

Conclusion

29. Ainsi, malgré le nombre croissant des cas dans lesquels le banquier est tenu de s'immiscer dans les affaires de ses clients, le devoir jurisprudentiel de non-ingérence est toujours effectif en droit français. À défaut d'être dans une des hypothèses jurisprudentielles ou légales où le banquier est tenu à une obligation de vigilance, impliquant un certain contrôle des affaires de ses clients, le principe demeure.

Cette solution est aisément compréhensible. En effet, le devoir de non-ingérence devant être perçu, selon nous, comme une norme de comportement tenant compte des conditions particulières de l'exercice de la profession de banquier⁸⁵, le nier reviendrait à imposer à ce dernier la détection de toutes les fraudes commises sur les comptes de ses clients, qu'elles soient apparentes ou pas. Cette solution serait par conséquent excessivement sévère pour le banquier qui verrait, ainsi, sa responsabilité engagée dans de trop nombreux cas. ■

79 Cass. civ. 1^{re}, 27 juin 1995, JCP, 1996, éd. E, I, p. 722, note Legeais, RTD Com., 1996, p. 100, obs. Cabrillac, Revue de droit bancaire et de la bourse, 1995, p. 185, obs. Credot et Gerard, D., 1995, juris., p. 621, note Piedelievre, RJDA, 1995, n° 1400, E. Scholastique, *Les devoirs du banquier dispensateur de crédit au consommateur. À propos d'un arrêt de la 1^{re} chambre civile de la Cour de cassation*, Defrénois, 1996, p. 689 et s. La faute du banquier a aussi été caractérisée, par un autre arrêt, dans la « légèreté blâmable » de l'établissement de crédit, Cass. civ. 1^{re}, 8 juin 1994, Bull. civ., 1994, I, n° 206, JCP, 1995, éd. E, p. 652, note Legeais.

80 F. Grua, *Responsabilité civile du banquier. Service du crédit*, Juris-Classeur, Banque et crédit, fascicule 151, 1998, n° 10.

81 Cass. civ. 1^{re}, 8 juin 2004, JCP, 2004, éd. E, 1442, note Legeais, D., aff., 2004, p. 1897, RTD Com., 2004, p. 581, obs. Legeais, RJDA, 2004, n° 1367, Banque & droit, 2004, n° 98, p. 56, obs. Bonneau.

82 En ce sens, D. Legeais, RTD Com., 2004, p. 582.

83 M. Fabre-Magnan, op. cit., n° 467 ; E. Scholastique, op. cit., p. 692.

84 Contra, D. Legeais, op. cit., p. 582.

85 V. supra, n° 5.