

Quelles limites au devoir de non-ingérence de la banque ?



Jérôme Lacotte
Juriste
Société générale

Afin de ne pas porter atteinte au droit de chaque individu au respect de sa vie privée, prévu tant par l'article 9 du code civil que par l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'homme et des libertés fondamentales, et de préserver le secret des affaires, l'établissement bancaire a l'obligation de ne pas s'immiscer dans les affaires de son client.

Tel est le principe que la jurisprudence a dégagé dès le début du XX^e siècle. Néanmoins, de nombreux plaignants ont tenté de mettre à la charge du banquier une obligation d'ingérence. Celui-ci devrait ainsi détecter toutes les fraudes commises sur les comptes de ses clients.

Mais les tribunaux, au fil des décisions rendues, ont dégagé des principes qui encadrent le devoir de vigilance du banquier.

S'agissant d'exceptions à un principe général d'abstention, il importe de les connaître et d'en situer exactement la portée.

I- Le principe : un devoir de non-ingérence

Le banquier «*n'a pas à rechercher la raison, le pourquoi ni le but des règlements effectués par le truchement du compte de son client*» (1). Il est ainsi lié par un devoir de discrétion.

Si cette obligation trouve son origine dans le respect de la vie privée du client, et constitue donc une protection pour celui-ci, elle s'impose également en raison de l'impossibilité pratique à laquelle serait confronté l'établissement bancaire qui devrait assurer un contrôle permanent de l'ensemble des opérations effectuées par sa clientèle.

C'est ainsi qu'en l'absence de toute disposition légale, la jurisprudence, sensible à ces préoccupations, a érigé ce devoir en règle de base de l'activité bancaire.

C'est le 28 janvier 1930 que la Cour de cassation a pris position pour la première fois dans une espèce relative à l'exécution d'un ordre de virement par une banque sur le

fondement d'une lettre faussement signée de l'un de ses clients. Le montant de ce virement avait été porté au crédit du compte d'une personne domiciliée auprès d'un autre établissement de crédit, laquelle s'était fait remettre les fonds. Ce client était en fait un escroc.

Si la responsabilité de la première banque a été retenue pour n'avoir pas examiné la lettre qui revêtait un caractère anormal, il n'en fut pas de même pour la seconde, la cour suprême considérant que «*... s'agissant d'un dépôt de fonds aux mains du banquier, aucune règle de droit ne mettait à la charge du 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 lors de la restitution*» (2).

Depuis cette date, de nombreuses décisions judiciaires ont fait application de ce devoir de non-ingérence, tant lorsque le banquier assure un service de caisse que lorsqu'il distribue du crédit.

Ce principe concerne donc l'ensemble de l'activité bancaire traditionnelle. Il se trouve en revanche écarté dans les opérations de haut de bilan visées par l'article 5-5° de la loi bancaire du 24 janvier 1984, dès lors que la banque, moyennant rémunération, fournit un service à son cocontractant et se trouve ainsi amenée à exercer un droit de regard sur les affaires de celui-ci. Tel est par exemple le cas lorsqu'elle reçoit une mission de conseil à l'occasion de transmissions d'entreprises, de fusions-acquisitions.

1. La banque assure un service de caisse

L'établissement de crédit qui exécute des opérations de caisse (paiements des fonds déposés par les clients, encaissements) est tenu de se conformer aux ordres donnés par ses clients et ne doit pas s'immiscer dans les affaires de ces derniers.

A l'occasion d'un litige relatif à des effets de commerce, la cour d'appel de Paris, le 12 avril 1976, a considéré que «*la banque qui recevait des effets d'un GIE ou qui payait*

des lettres de change tirées sur lui n'avait pas à rechercher si les opérations commerciales en règlement desquelles les effets avaient été remis, émis ou acceptés, entraient dans l'objet social, du moment qu'ils portaient la signature d'un administrateur ou d'un fondé de pouvoir» (3).

L'analyse de la jurisprudence révèle de nombreux cas de mise en jeu de la responsabilité civile de la banque à la suite de détournements de fonds réalisés soit par des salariés, soit par des dirigeants indéliques de sociétés clientes, lesquels sont souvent clients à titre personnel du même établissement bancaire. Les magistrats veillent à cette occasion au respect du principe de non-immixtion.

Ainsi la cour d'appel de Paris, le 5 mars 1979, dans l'affaire du Patrimoine Foncier, a décidé avec une motivation exemplaire, «*qu'aussi longtemps que le banquier se borne à agir comme dépositaire des fonds de ses clients, sa mission de surveillance consiste exclusivement à vérifier le fonctionnement régulier des comptes ouverts dans ses livres, sans qu'il soit autorisé à s'immiscer dans les opérations financières ou commerciales qui sont à l'origine des mouvements de fonds dont il assure l'exécution, sinon dans les cas exceptionnels où ils présenteraient un caractère manifestement illicite ou frauduleux*» (4). La Cour de cassation, le 25 janvier 1977, a approuvé une cour d'appel qui avait affirmé «*que la banque n'était pas tenue de rechercher l'origine d'opérations apparemment régulières réalisées par le titulaire d'un compte de dépôts dont le fonctionnement ne donnait lieu à aucun incident*» (5).

Dans une affaire où une personne avait falsifié et détourné des chèques au préjudice de son employeur, et les avait remis à l'encaissement à sa banque, la cour suprême a approuvé une cour d'appel qui avait exclu toute responsabilité du banquier qui «*n'avait pas à procéder à des investigations sur l'origine et l'importance des mouvements de compte de ses clients*», «*... il devait uniquement surveiller le fonctionnement régulier des comptes ouverts dans ses livres sans s'immiscer dans les opérations financières ou commerciales à l'origine des mouvements de fonds dont il assure l'exécution*» (6).

Dans une autre espèce, un comptable faisait signer à son employeur de fausses déclarations de TVA laissant apparaître un débit, et obtenait de celui-ci un chèque de montant équivalent qu'il remettait à l'encaissement. La Cour de cassation, marquant son attachement au respect du principe de non-ingérence, a une fois de plus approuvé une cour d'appel qui avait considéré que «*... ni l'ancienneté relative des relations avec le client, ni l'importance des opérations antérieurement inscrites au crédit ou au débit du compte, ne devaient conduire le banquier à s'interroger sur la cause d'encaissements d'un montant plus élevé, en s'immisçant de la sorte dans les affaires de son client*» (7). Cet arrêt constitue l'une des décisions majeures rendues en ce domaine.

Par ailleurs, la cour suprême a récemment validé la position d'une cour d'appel qui avait décidé que la banque dépositaire manque à son obligation de non-ingérence dès lors qu'elle prend l'initiative d'apporter les titres de son client, dans l'intérêt de celui-ci, à une offre publique d'échange. Elle ne pouvait en l'espèce invoquer les règles de la gestion d'affaires (8).

2. La banque dispense du crédit

La banque qui accorde des concours financiers joue un rôle actif sur l'activité de ses clients. Les conséquences économiques qui en découlent peuvent être importantes, notamment à l'égard des tiers.

Au regard du devoir de non-ingérence, la situation du banquier distributeur de crédit peut ainsi, à première vue, paraître différente de celle du banquier qui assure un simple service de caisse, dans la mesure où il doit s'informer de la situation financière de son client afin de lui fournir un financement adapté à ses capacités de remboursement. Cette information lui permettra de limiter les risques de défaillance de ce client dans le remboursement, ainsi que d'éviter de voir sa responsabilité retenue au titre d'un manquement à son devoir de conseil ou d'un soutien abusif à une entreprise dans une situation financière irrémédiablement compromise.

Or, il n'en est rien. Le devoir de non-immixtion s'applique également au banquier dispensateur de crédit et l'obligation de s'informer qui le lie n'équivaut pas à un devoir de surveillance, de contrôle de l'évolution des affaires de son client.

Une solution inverse pourrait le conduire à se comporter comme un dirigeant de fait (9) et à encourir un risque de responsabilité dans les conditions fixées par les articles 178 et suivants de la loi du 25 janvier 1985, pour le cas où son client ferait l'objet d'une procédure collective.

Par ailleurs, si la responsabilité de la banque est parfois recherchée pour n'avoir pas décelé certaines anomalies sur le compte de clients, il lui est aussi reproché de s'être ingérée à tort dans les affaires de ceux-ci à l'occasion d'opérations de financement.

La jurisprudence veille à ce que les principes gouvernant la notion de dirigeant de fait et le devoir de neutralité du banquier soient respectés.

La cour d'appel de Paris a, le 17 mars 1978, rejeté toute responsabilité d'une banque en tant que dirigeant de fait sur le fondement de l'article 99 de la loi du 13 juillet 1967, estimant «*qu'en voulant être le seul banquier de la société et en exigeant que les factures de celle-ci soient domiciliées chez elle, la banque s'est seulement assurée des moyens de contrôle et des garanties de remboursement qui ne sauraient être assimilés à des actes de gestion ou à des actes de direction des affaires sociales*» (10).

En outre, il convient de bien distinguer l'information de l'immixtion. La Cour de cassation a confirmé cette nécessité, le 31 mai 1994, en approuvant une cour d'appel qui avait considéré «*qu'en se faisant remettre par la société débitrice les factures et les effets de commerce qu'elle détenait à l'encontre de ses clients et en se renseignant auprès de l'un de ceux-ci sur le montant de sa créance, la banque n'avait fait qu'exercer son droit d'information sur la situation de la société*» «*... qu'il n'était pas rapporté la preuve d'une ingérence de la banque dans la gestion de la société débitrice*» (11).

Le banquier n'a pas à décider de l'opportunité du crédit qu'il accorde à son client. La cour d'appel de Toulouse l'a rappelé, le 16 février 1984, précisant que le demandeur ne saurait reprocher à son banquier de ne pas l'avoir dissuadé dans son entreprise de rachat d'une société, «*car s'il en était différemment, cela aboutirait à faire peser sur le banquier l'obligation d'apprécier l'opportunité des crédits qu'il consent et de se faire juge des intérêts bien compris de son client... alors que le banquier, n'ayant pas à s'immiscer dans les affaires de celui-ci, ne peut être responsable du mauvais usage du crédit*

par lui consenti et ne peut se voir imputer sa perte ou son gaspillage» (12).

Ce devoir de non-ingérence, dont nous venons d'examiner les contours, peut être opposé par la banque tant à son client qu'à des tiers. Néanmoins, cette règle n'est pas absolue : l'attitude passive que le banquier est tenu d'adopter ne doit pas le conduire à causer un dommage à autrui, auquel cas sa responsabilité civile pourrait être retenue conformément aux règles édictées par les articles 1382 et 1383 du code civil.

Par conséquent, il devra faire preuve d'une vigilance particulière face à certaines opérations réalisées sur les comptes de sa clientèle.

II La limite : un devoir de vigilance

Cette obligation constitue une véritable exception au principe de non-ingérence et doit donc être interprétée restrictivement. Sa violation peut être sanctionnée tant par les règles de la responsabilité civile que par celles de la responsabilité pénale.

1. *Vigilance et responsabilité civile*

Lors de l'ouverture d'un compte et conformément à l'article 30 du décret du 3 octobre 1975, le banquier se voit imposer l'obligation de vérifier le domicile et l'identité du postulant, lequel est tenu de lui présenter un document officiel. Les caractéristiques et les références de ce document sont enregistrées par le banquier.

Par ailleurs, la jurisprudence a déterminé l'étendue de l'obligation de surveillance du banquier dans le cadre du fonctionnement des comptes de la clientèle.

Celui-ci doit prêter attention à certaines opérations réalisées par ses clients et qui transitent par leur compte bancaire, dès lors qu'elles présentent un caractère anormal. Ces anomalies peuvent être définies comme étant celles qui ne pouvaient pas ne pas être perçues par le banquier en dehors de toute investigation ou recherche. Elles doivent ainsi être manifestes, apparentes (13).

C'est la raison pour laquelle les hypothèses dans lesquelles son attention devra être alertée sont exceptionnelles.

Sur un plan général, il est possible de distinguer les anomalies matérielles (paiement d'un chèque ou exécution d'un virement revêtu d'une signature différente de celle du spécimen déposé, remise à l'encaissement ou paiement d'un chèque raturé ou surchargé), des anomalies intellectuelles qui correspondent à des opérations présentant un caractère inhabituel par rapport à la situation patrimoniale du client, à ses habitudes, en raison de leur fréquence, de leur montant ou de leur nature.

Cette notion d'opération anormale dépendra des circonstances de chaque espèce, c'est pourquoi son analyse devra se faire «in concreto».

Nombreux sont les cas dans lesquels des personnes qui ont subi un préjudice (tiers, société cliente) mettent en jeu la responsabilité de la banque, sur le fondement de l'article 1382 du code civil, pour n'avoir pas réagi face à des situations prétendument anormales.

Il convient de distinguer les hypothèses dans lesquelles la banque exécute des opérations de caisse, de celles où elle accorde du crédit.

Les opérations de caisse

L'obligation pour le banquier de déceler les anomalies matérielles intervenant sur les comptes de ses clients découle de sa qualité de dépositaire et ne pose guère de difficultés. En revanche, concernant les anomalies intellectuelles, la jurisprudence est intervenue pour fixer l'étendue de l'obligation de vigilance du banquier.

La Cour de cassation, dans l'un des deux arrêts rendus le 25 avril 1967, à propos de détournements de fonds par un salarié indelicat, a approuvé la cour d'appel qui avait relevé que l'aspect formel des chèques litigieux ne présentait aucune anomalie de nature à éveiller l'attention des employés de la banque et «qu'en les remplaçant à leur date, dans la multitude des chèques passés entre les mains de plusieurs guichetiers différents de la banque, au cours des cinq années consécutives, on ne peut soutenir que les anomalies dénoncées devaient être remarquées des employés et constituaient des repères de nature à permettre des comparaisons utiles» (14).

Le 5 mai 1975, elle considéra qu'une cour d'appel avait à juste titre relevé que les chèques dérobés et frauduleusement endossés «avaient l'apparence de titres réguliers... que ni le nombre ni la fréquence des présentations n'étaient anormaux et de nature à éveiller l'attention des différents préposés de la banque» (15).

Dans une importante décision du 15 juin 1993, la juridiction suprême rejeta un pourvoi formé contre un arrêt de la cour d'appel de Versailles qui avait constaté que «les chèques présentés à l'encaissement par M. S. avaient une apparence de régularité parfaite, que rien ne permettait de déceler la fraude... que la banque n'avait pas à procéder à des investigations sur l'origine et l'importance des fonds versés par M. S. sur son compte...» (16). Cette cour d'appel avait par ailleurs précisé que la connaissance par la banque du montant du salaire ne serait pas suffisante à rendre anormale toute autre rentrée de fonds.

L'analyse de ces différentes décisions met en exergue l'importance accordée par la Cour de cassation à la régularité apparente des opérations effectuées par le client qui exclut toute investigation particulière de la banque sur le nombre et l'importance des mouvements de fonds se produisant sur le compte de ses clients.

Il n'empêche que dans des hypothèses limitées, la responsabilité du banquier pourra être retenue pour n'avoir pas décelé des opérations effectuées par son client dont l'anormalité ne pouvait lui échapper.

Cette responsabilité pourra parfois être atténuée si le client a fait preuve de négligence à la réception de ses relevés de compte.

Une banque, à laquelle il était reproché par les associés d'une société cliente victime de détournements de fonds sociaux par le dirigeant, une carence fautive dans l'exécution de ses obligations relatives à l'ouverture et au fonctionnement des comptes qui devaient être ouverts pour la réalisation d'une opération immobilière, a vu sa responsabilité retenue en raison «d'une carence non moins fautive... grâce à laquelle M. G. avait opéré ses détournements, par des mouvements bancaires anormaux qui auraient dû éveiller les soupçons d'un banquier normalement vigilant» (17).

Dans cette affaire, le dirigeant avait entièrement retiré avant le commencement des travaux le montant d'un emprunt de plus d'1 million de francs figurant au crédit du compte de la société.

La Cour de cassation a aussi admis que l'émission d'un ordre de virement dont l'exécution avait pour conséquence de rendre le compte du client fortement débiteur, alors qu'il n'avait jamais bénéficié d'une autorisation, constituait «une alerte» qui devait amener la banque à réagir en se mettant en rapport avec celui-ci (dans cette affaire, le client avait par mégarde ajouté trois zéros à la somme qu'il souhaitait transférer en pesetas) (18).

Par ailleurs, diverses décisions de la cour d'appel de Paris ont admis la responsabilité de la banque en raison d'un manquement à son devoir de vigilance ; ces fautes ont consisté : en un défaut de réaction face à des retraits d'espèces par l'aide comptable de la société cliente non titulaire de la signature «*d'autant plus que la nature de l'activité de la cliente, comme d'ailleurs l'intitulé du compte débiteur (compte gérance) pouvait rendre suspects d'importants et réguliers retraits d'espèces*» (19) (partage de responsabilité) ; en un défaut de vigilance face à un virement international d'un montant important alors que la personne cliente depuis longtemps n'avait aucune activité hors frontières (le banquier aurait du prendre contact avec son client avant d'exécuter cet ordre) (20) ; en un défaut de réaction face à l'émission de chèques de montant important sur le compte d'une cliente depuis 40 ans, âgée, qui n'avait jamais bénéficié d'autorisation de découvert pour de tels montants, et dans le fait, alors qu'elle bénéficiait d'un mandat de gestion, de ne pas avoir, pour préserver les intérêts de cette cliente, pris «*toutes les mesures et prévenu toutes les personnes utiles devant l'anormalité des opérations de liquidation de son portefeuille*» (21).

Nous pouvons aussi noter un exemple de condamnation d'une banque en matière de titres au porteur à qui «*il appartient de s'assurer du droit du porteur lorsque les circonstances dans lesquelles il reçoit les titres sont de nature à faire naître des soupçons*» (22).

A ce jour, l'étude de la jurisprudence permet de démontrer son interprétation restrictive de la notion d'anomalie intellectuelle. La responsabilité du banquier ne pourra être retenue que si cette anomalie était manifeste.

Néanmoins, et sur un plan pratique, l'agent bancaire doit toujours accorder une attention particulière, même si elle se heurte à des difficultés matérielles, à certains types d'opérations réalisées sur les comptes de ses clients : ce sera par exemple le cas de mouvements d'espèces importants sur le compte d'une société, de versements d'espèces ou d'opérations de change répétés effectués par un client particulier et de montants sans rapports avec ses revenus, de la répétition de remises de chèques de montants importants suivies systématiquement de retraits en espèces, de mouvements sur le compte d'une entreprise supérieurs à son chiffre d'affaires, de versements répétitifs provenant ou à destination de places offshore.

Ces situations de fait découvertes par le banquier devront engendrer de sa part une réaction adaptée aux circonstances, qui pourra aller de la prise de contact avec le client afin de recueillir ses observations, au refus d'exécuter une opération, jusqu'à la rupture des relations.

La distribution du crédit

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 le fonds de roulement d'une entreprise, «*l'utilisation de ces sommes échappant au contrôle de la banque*» (23).

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), s'engager à surveiller le respect de la destination des fonds prêtés. En cas de contentieux, les magistrats procéderont à une analyse des clauses du contrat de prêt afin de déterminer l'existence d'une telle obligation (24).

Quoi qu'il en soit, une disposition légale peut le lui imposer. Tel est le cas de la loi du 10 juin 1994 relative à la prévention et au traitement des difficultés des entreprises qui a ajouté un article 1799-1 au code civil.

Cet article, d'ordre public, institue un mécanisme de garantie de paiement des sommes dues aux entrepreneurs dès lors qu'ils ont conclu un marché de travaux privé visé au 3° de l'article 1779 de ce code. A cet effet, et en cas de financement de l'opération par un crédit bancaire, ce texte prévoit un système de versement direct du montant du prêt. L'article 1799-1 précise ainsi que «*lorsque le maître de l'ouvrage recourt à un crédit spécifique pour financer les travaux, l'établissement de crédit ne peut verser le montant du prêt à une personne autre que celles mentionnées au 3° de l'article 1779...*». «*Les versements se font sur l'ordre écrit et sous la responsabilité exclusive du maître de l'ouvrage...*»

L'inexécution par le banquier de son obligation contractuelle pourra être source de responsabilité à l'égard du tiers qui a subi un préjudice. La Cour de cassation l'a admis depuis longtemps (25).

Si l'on recherche le fondement juridique de cette responsabilité, on constate que le tiers ne peut en principe se prévaloir d'une convention qui, normalement, n'a d'effet qu'entre les parties contractantes (effet relatif des contrats prévu par l'article 1165 du code civil). Toutefois, ne peut-on considérer que les clauses du contrat de prêt s'analysent en une stipulation pour autrui implicite au profit du tiers, lui permettant d'intenter une action en responsabilité à l'encontre du promettant (la banque) sur le fondement de l'article 1147 du code civil ? De même, ne peut-il invoquer l'inexécution de la convention comme un fait juridique générateur d'une responsabilité délictuelle à l'encontre du banquier ?

Toute responsabilité contractuelle du banquier à l'égard de l'emprunteur sur le fondement de cet article 1147 doit en revanche être écartée, ce dernier étant le premier responsable de l'utilisation des fonds prêtés. Nous pouvons seulement réserver le cas où la banque affecterait d'office le montant d'un financement à moyen ou à long terme au remboursement d'un découvert, dans l'unique dessein de bénéficier de garanties. L'article 1134 al 3 du code civil pourrait alors être invoqué par l'emprunteur, les conventions devant être exécutées de bonne foi.

A défaut d'engagement contractuel de sa part, le banquier ne doit pas pouvoir être tenu à une vigilance particulière à l'égard de l'affectation des fonds qu'il prête dans le cadre de crédits spécialisés.

Néanmoins, la jurisprudence a fait preuve d'une certaine sévérité à l'égard des banques qui voient leur responsabilité engagée par des tiers, bien que le préjudice invoqué par ces derniers ne soit pas directement lié à la faute prétendument commise.

Ainsi, le 18 novembre 1980, la Cour de cassation, dans l'affaire du Patrimoine Foncier, rejeta le pourvoi formé contre l'arrêt de la cour d'appel de Paris qui avait considéré que «*le banquier devait à tout le moins vérifier la réalité et la licéité des opérations auxquelles il acceptait de prêter son concours et mesurer les risques qu'elles pourraient faire courir à des tiers... qu'en l'espèce la banque faisait courir un risque à la société qui s'était portée garante avec les fonds provenant de souscriptions, lesquels avaient une affectation bien précise que la banque n'ignorait pas*» (26).

Le 10 mars 1992, elle affirma que la banque «*ne pouvait ignorer que le produit de ses escomptes recevait d'autres utilisations que le financement de travaux devant permettre l'exigibilité des créances mobilisées*» (27).

Néanmoins, la cour suprême a paru assouplir sa position dans une décision du 7 février 1995 où elle a donné son approbation à la cour d'appel qui avait relevé que «*la société emprunteuse avait la libre disposition des fonds empruntés, hors de tout contrôle de la banque, et que la société ne pouvait invoquer utilement un détournement du crédit commis à son préjudice, faute d'avoir elle-même aucun droit sur ce crédit*» (28).

La responsabilité de la banque à l'égard du débiteur doit également être écartée (29), hormis dans l'hypothèse où le non-respect de l'affectation prévue dans le contrat de crédit procède du seul intérêt de la banque. C'est ainsi que la Cour de cassation a approuvé la juridiction du second degré qui avait considéré que «*les rapports entre un banquier et son client sont basés, de part et d'autre, sur la confiance et le respect des accords arrêtés entre eux et qu'il n'avait été à aucun moment prévu que le crédit accordé par la banque devait servir à apurer les découverts des comptes courants débiteurs des deux entreprises*» (30). Dans cette affaire, les financements avaient en réalité été accordés aux fins de restructuration financière et d'amélioration du fonds de roulement des sociétés clientes.

Signalons enfin une décision de la Cour de cassation du 18 mai 1993, fréquemment invoquée par les plaignants dans le cadre de contentieux en responsabilité engagés contre les banques pour défaut de surveillance de l'affectation des fonds prêtés. Des époux avaient confié à une association spécialisée la rénovation d'un immeuble et lui avaient donné mandat d'emprunter en vue de la réalisation des travaux. Cette association fut mise en règlement judiciaire sans avoir fait exécuter les travaux. La cour, cassant l'arrêt d'appel, estima que «*la banque ne pouvait favoriser, consciemment ou imprudemment, au mépris des termes des contrats de mandat et de prêt, l'utilisation du montant de celui-ci pour d'autres fins que le financement des travaux auxquels il était destiné*» (31).

L'importance de cet arrêt doit être fortement relativisée par le fait que les deux tiers des fonds avaient été versés sur le compte de l'association mandataire et non sur celui des mandants.

Sur un plan général et sauf circonstances particulières, la simple connaissance, par le banquier, de la destination des fonds prêtés ne doit pas le conduire à une obligation de vigilance lui imposant de veiller à son respect.

Par ailleurs, la banque peut voir sa responsabilité retenue dès lors qu'elle se livre à une opération de crédit dont le caractère anormal ne pouvait lui échapper. Il en est par exemple ainsi dès lors qu'elle escompte contre espèces, au bénéfice d'un notaire, des chèques tirés par lui sur le compte de l'étude à la Caisse des dépôts et consignations (32).

2. **Vigilance et responsabilité pénale**

Si les règles de la responsabilité civile permettent de sanctionner la banque qui aurait manqué à son devoir de surveillance, les dispositions du droit pénal peuvent-elles également trouver à s'appliquer ?

Le risque pénal, bien que marginal dans l'activité bancaire, doit être considéré comme un risque majeur, tant par sa gravité à l'égard des personnes physiques et morales concernées que par les effets induits sur l'image de l'établissement de crédit.

Le risque de complicité

Faute de texte spécifique et conformément au principe de légalité des délits et des peines (article 111-3 du code pénal), la violation du devoir de vigilance évoquée dans nos précédents développements, ne peut en elle-même conduire à la responsabilité pénale d'un agent de banque.

Néanmoins, dès lors qu'il laisse s'effectuer des opérations délictueuses sur les comptes de ses clients, il pourrait voir cette responsabilité retenue au titre d'une complicité, si les conditions légales en sont réunies. Rappelons à cet égard les dispositions de l'article 121-7 du code pénal : «*est complice d'un crime ou d'un délit la personne qui sciemment, par aide ou assistance en a facilité la préparation ou la consommation*». La complicité suppose ainsi la réunion de trois éléments : l'existence d'un fait principal punissable, un acte de complicité (acte positif antérieur à l'infraction principale ou tout du moins concomitant), ainsi que la manifestation d'un élément intentionnel.

La complicité par aide ou assistance ne peut donc en principe s'induire d'une simple inaction ou abstention. Toutefois, la jurisprudence l'admet dès lors que le prévenu avait la possibilité de s'opposer effectivement à la commission de l'infraction principale.

La troisième condition sera primordiale dans l'appréciation de la responsabilité du banquier. Il devra être démontré une volonté de s'associer intentionnellement à l'acte délictueux de l'auteur principal. Cet élément moral permet ainsi d'éviter de sanctionner pénalement la personne qui a commis une simple négligence. Une solution inverse contribuerait à mettre en péril la présomption d'innocence édictée par l'article 6 de la Convention européenne des Droits de l'homme.

La Cour de cassation veille à l'existence de cet élément intentionnel. Elle a accepté, dans une décision du 23 octobre 1997, la condamnation pour complicité d'abus de crédit social d'un dirigeant de banque qui ne s'était pas opposé à des transferts de fonds ayant conduit à un découvert de plusieurs millions de francs sur le compte d'une société cliente, «*alors qu'il avait conscience du caractère anormal de ces opérations*» (33).

La cour d'appel de Paris, le 30 juin 1977, avait déjà considéré que le banquier devait procéder à la clôture d'office du compte de son client dès lors qu'il avait conscience du caractère délictueux des mouvements de fonds se produisant sur celui-ci. A défaut, «*il se rend complice de l'auteur de l'infraction en maintenant à sa disposition l'usage d'un compte grâce auquel l'infraction se trouve facilitée ou consommée*». Mais, dans cette affaire, les dirigeants de banque, poursuivis pour complicité d'escroquerie, abus de confiance et complicité de ce délit, avaient été relaxés (34).

Dans un arrêt du 24 novembre 1986, la Cour de cassation a approuvé une cour d'appel qui avait sanctionné un banquier pour complicité de fraude fiscale, celui-ci ne pou-

vant «*se méprendre sur l'intention frauduleuse qui animait l'utilisateur d'un compte de passage, en raison de l'usage anormal qu'il en avait lui-même fait, à savoir le défaut d'envoi au client de relevés des écritures enregistrées à ce nouveau compte, le défaut de délivrance à celui-ci d'un chéquier pour lui permettre l'utilisation des fonds figurant à l'actif confié, le caractère clandestin de ce compte non nominatif et difficilement identifiable*» (35).

La responsabilité pénale de l'agent de banque demeure exceptionnelle et n'est retenue qu'en cas de collusion frauduleuse entre celui-ci et l'auteur du délit.

Signalons enfin, depuis la mise en place du nouveau code pénal, la possibilité de mise en jeu de la responsabilité pénale de la personne morale dès lors qu'un texte le prévoit (article 121-2 de ce code). Tel n'est pas le cas pour les infractions à la loi du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales. En revanche, la banque pourrait en théorie être poursuivie pour complicité d'escroquerie ou d'abus de confiance commis par les clients à l'occasion du fonctionnement de leurs comptes (articles 313-9 et 314-12).

Le délit de blanchiment : une vigilance renforcée

A la suite de divers engagements internationaux (Déclaration de principe du Comité de Bâle du 12 décembre 1988, Convention de Vienne du 20 décembre 1988), le Groupe d'Action financière internationale a adopté une série de recommandations en matière de blanchiment de capitaux visant à inciter les états membres à mettre en place une législation s'inspirant de ces principes.

En France, les lois du 12 juillet 1990 et du 29 janvier 1993 constituent les textes de base du dispositif de lutte contre le blanchiment. La première, relative au blanchiment de capitaux provenant du trafic de stupéfiants, a créé une obligation de vigilance spécifique à la charge du banquier, étendue par la seconde au blanchiment de capitaux provenant de l'activité d'organisations criminelles. Le banquier est ainsi tenu de procéder à une déclaration de soupçon à TRACFIN (36) portant sur les sommes inscrites dans ses livres et les opérations portant sur ces sommes qui lui paraissent provenir du trafic de stupéfiants ou de l'activité d'organisations criminelles (le secret bancaire est levé à l'égard de cet organisme).

Il est important de préciser que toute responsabilité civile ou pénale du banquier est exclue, dès lors qu'une telle déclaration est réalisée de bonne foi (article 8 de la loi de 1990).

En pratique, ces déclarations sont dans la quasi totalité des cas effectuées après l'exécution de l'opération.

Par ailleurs, l'agent bancaire est tenu à un devoir de vigilance préventif dès lors qu'il se trouve confronté à une opération d'un montant unitaire ou total supérieur à 1 million de francs se présentant dans des conditions inhabituelles

de complexité et apparaissant comme n'ayant pas de justification économique ou d'objet licite. Dans un tel cas de figure, il est tenu de se renseigner auprès de son client sur l'origine et la destination des fonds, de même que sur l'objet de la transaction et l'identité de la personne qui en bénéficie. Il devra procéder à une déclaration de soupçon, si, suite aux explications fournies, il soupçonne un blanchiment de capitaux. Dans les autres cas, il devra consigner par écrit les caractéristiques de l'opération et conserver les documents et pièces pendant cinq ans.

Ces obligations pesant sur le banquier n'ont pas été élargies par la loi du 13 mai 1996 qui a créé un délit général de blanchiment du produit de tout crime ou délit (article 324-1 du code pénal) lequel se définit comme «*le fait de faciliter, par tout moyen, la justification mensongère de l'origine des biens ou des revenus de l'auteur d'un crime ou d'un délit ayant procuré à celui-ci un profit direct ou indirect. Constitue également un blanchiment le fait d'apporter un concours à une opération de placement, de dissimulation ou de conversion du produit direct ou indirect d'un crime ou d'un délit*».

Ces nouvelles dispositions ont suscité à l'époque des inquiétudes de la part du monde bancaire en raison de l'absence de mention explicite dans le texte du caractère intentionnel de cette infraction. Toutefois, les pouvoirs publics ont rappelé que ce délit était intentionnel, conformément aux principes généraux du droit pénal (article 121-3), et qu'il appartenait au parquet de prouver que le prévenu savait qu'il blanchissait des sommes provenant d'un crime ou d'un délit.

Notons par ailleurs que le législateur a maintenu l'incrimination spécifique liée au trafic de stupéfiants (article 222-38) afin de pouvoir appliquer à ces coupables les dispositions dérogatoires au droit commun concernant la poursuite, l'instruction, le jugement de ce type d'infraction (articles 706-26 à 32 du code de procédure pénale) (37).

* *
*

Arrivé au terme de cette analyse, il est possible de considérer comme globalement positives les règles établies par la jurisprudence au sujet du devoir de non-ingérence et de ses limites. Les magistrats veillent, sur le plan civil, à une interprétation stricte des exceptions à ce devoir d'abstention et, sur le plan pénal, à l'exigence de la preuve d'une réelle intention frauduleuse du prévenu.

Il est ainsi établi, en droit positif, que le banquier ne peut être considéré comme un auxiliaire de la police ou comme ayant une mission de service public dans la gestion des opérations ordonnées par ses clients, malgré toutes les tentatives en ce sens. Toute autre orientation aboutirait à dénaturer les relations qu'une banque peut entretenir avec sa clientèle. ■

(1) Veizian: «Responsabilité du banquier en droit privé Français».

(2) *Gaz. Pal.* 1930, I, p. 550.

(3) PA 23.02.1977 n° 23 p. 13.

(4) D. 79 IR. p. 356. Voir aussi Paris 07.11.1979 *Banque*, juin 1980, p. 775.

(5) *Bull.* IV, p. 19. Voir aussi Cass. com. 25.04.1967 *JCP* 67, II, *Jurisp.* n° 15306 et Cass. civ. 2° 05.05.1975 *Bull. civ.*, II, n° 130 p. 107.

(6) Cass. com. 10.03.1987 *Gaz. Pal.* 21-23 juin 1987 p. 131. Voir aussi Cass. com. 30.10.1984 *Banque*, juin 1985, n° 451 p. 644.

(7) Cass. com. 30.01.1990 *Banque*, mai 1990, n° 505 p. 535.

Voir aussi TC Paris 23.01.1991 *Banque*, octobre 1991, n° 520 p. 983.

CA Toulouse 06.05.1992 D. 93 *Jurisp.* p. 555.

(8) Cass. com. 12.01.1999 *JCP* 99, Ed E, p. 346.

(9) Rives Langes D. 75 Chron p. 41.

(10) *Banque*, mai 1978, p. 656.

(11) Cass. com. 31.05.1994 *Bull. Joly* 1994, § 257, p. 967.

(12) D. 85 IR. p. 346. Voir aussi un exemple de condamnation de la banque : Paris 06.03.1990 Inédit.

(13) Voir Paris 05.03.1979 précité «sinon dans les cas exceptionnels où ils présenteraient un caractère manifestement illicite ou frauduleux».

(14) Cass. com. *JCP* 67, II, *Jurisp.* n° 15306.

(15) Cass. civ. 2°, *Bull. civ.*, II, n° 130 p. 107.

(16) Cass. com. 15.06.1993 *RD bancaire et bourse* 1993, n° 40 p. 249.

Voir aussi Cass. com. 23.02.1993 *RTD com.* avril-juin 1993, p. 343 «la

surveillance du directeur général incombe en premier lieu au président».
 (17) Cass. com. 11.01.1983 *Bull*, IV, n° 11 p. 8. Voir aussi Paris 07.02.1966 sur la responsabilité du banquier qui a pris à l'encaissement un chèque apparemment endossé par une URSSAF au profit d'un particulier.
 (18) Cass. com. 27.02.1996 *RTD Com*, avril-juin 1996, p. 307.
 (19) Paris 13.07.1990 D. 90 *IR*, p. 223.
 (20) Paris 12.01.1996 D. 96 *Jurisp.* p. 507.
 (21) Paris 27.03.1997 *Dalloz Affaires* 1997, n° 21, p. 664.
 (22) Cass. civ. 1^{re} 08.02.1983, *Bull. civ*, I, p. 44.
 (23) Cass. com. 09.05.1978 D. 78 *Jurisp.* p. 419.
 (24) Voir Cass. civ. 1^{re} 12.12.1995, *RD bancaire et bourse*, mai-juin 1996, n° 55.
 (25) Cass. civ. 3^e 15.02.1978 D. 78 p. 416.
 (26) D. 81 p. 210.
 (27) Cass. com. *Rev Proc Coll* 1992 p. 315.
 (28) *RD bancaire et bourse*, mai-juin 1995, n° 49 p. 103.
 (29) Cass. civ. 1^{re} 12.12.1995 et 30.01.1996 *RD bancaire et bourse*, mai/juin 1996, n° 55. Sur l'absence de responsabilité à l'égard d'une caution Cass com 07.04.1992 *RTD Com*, janvier-mars 1993, p. 143.

(30) Cass. com. 03.11.1992 *JCP* 93, *Ed E, Jurisp.* p. 47.
 (31) D. 93 *Jurisp.* p. 609 Note Bénabent.
 (32) Cass. civ. 2^e 21.05.1997 *Bull civ*, II, n° 158, Sur l'absence de responsabilité de la banque en matière d'effets de commerce, CA Aix08.07.1971 *Banque* décembre 1971.
 (33) Cass. crim. Dr. Sociétés mai 1998 p. 13. Voir aussi sur la relaxe d'un banquier poursuivi pour complicité d'abus de biens sociaux Cass. crim. 12.01.1987 *Bull. Joly* 1987 p. 209.
 (34) D. 78 *Jurisp.* p. 325. Voir aussi sur l'absence de responsabilité du directeur d'agence bancaire, en matière de comptes taxis, poursuivi pour complicité d'escroquerie à la TVA, à défaut d'élément intentionnel Paris 04.12.1986 inédit.
 (35) Cass. crim. 24.11.1986 D. 87 *Jurisp.* p. 327.
 (36) Traitement du renseignement et action contre les circuits financiers clandestins, organisme rattaché au ministère de l'Économie et des Finances.
 (37) Sur la condamnation d'un notaire Cass. crim. 07.12.1995 *Droit Pénal* 1996-139.

BANQUEconférences

Commandez le compte-rendu de la conférence du 17 mars 1999

Europe : quelles évolutions pour le droit bancaire et financier ?

-20%*



Sont intervenus à cette conférence :

Florence Sirel, BNP ; Jean-Guillaume d'Hérouville, Gide Loyrette Nouel ; Bertrand de Saint Mars, AFEI ; Pierre Bollon, AFG-ASFFI ; Christian Boisson, Indocam ; Hubert de Vauplane, Paribas ; Marc Vereecken, Commission européenne ; Gérard Gardella, Société générale ; Charles Cornut, AFB ; Hervé Bouilhol, Société générale ; Bruno Gizard, CMF.

* Offre réservée aux abonnés Banque & Droit jusqu'au 31 août 1999

BON DE COMMANDE

550 F – 83,85 € (Frais de port à ajouter : 30 F – 4,57 €)

* OFFRE SPÉCIALE ABONNES BANQUE & DROIT (-20 %)

440 F – 67,08 € (Frais de port à ajouter : 30 F – 4,57 €)

Nom et Prénom
 Fonction/service
 Adresse
 Localité Code postal
 Tél. : Fax

	Nombre	Montant
Europe : quelles évolutions pour le droit bancaire et financier - Conférence du 17.03.1999

Règlement par chèque bancaire chèque postal à l'ordre de **Revue Banque**.
 carte bancaire* n° Date de validité : mois ____ année ____

Joindre le règlement à la commande et retourner à Mauricette Delbos, **BANQUEÉDITEUR** 18 rue la Fayette 75009 Paris
 Tél. 01 48 00 54 08 – Fax 01 42 47 16 15 Internet : www.revue-banque.fr – e-mail : delbos@revue-banque.fr