

## LES DEVOIRS DU BANQUIER A L'EGARD DE L'ENTREPRISE

**1. Introduction – objet du rapport** - Il n'existe pas de loi ou de code qui reprendrait la liste de l'ensemble des devoirs du banquier à l'égard de ses clients, voire à l'égard des tiers.

Ces obligations se sont forgées au fur et à mesure, au berceau de la profession, de ses pratiques et de ses usages et au gré de certaines interventions législatives ou évolutions doctrinales et jurisprudentielles.

Si les notions de devoir et d'obligation sont proches, elles ne sont toutefois pas identiques.

L'obligation se définit comme un lien de droit, en vertu duquel une ou plusieurs personnes peuvent contraindre une ou plusieurs autres à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose, en vertu soit d'une loi, soit d'un usage, soit d'un contrat, soit d'un quasi contrat, soit d'un délit ou d'un quasi délit.

Le devoir peut résulter de certaines règles de conduite d'origine légale et de caractère permanent et de nature plutôt morale, comme par exemple, les devoirs du mariage ou de famille<sup>1</sup>.

Certains auteurs définissent le devoir comme étant *"ce qu'on doit faire, ce à quoi l'on est obligé par la loi ou la morale, par son état ou les bienséances"*<sup>2</sup>. D'autres sont plus restrictifs et définissent la déontologie<sup>3</sup> –science des devoirs- comme étant *"un ensemble de règles de comportement propres à une profession dont la transgression est sanctionnée par un organe disciplinaire"*<sup>4</sup>.

La déontologie désigne, *"sans égard au caractère juridique ou simplement moral, l'ensemble des devoirs qui s'imposent in concreto dans une situation sociale déterminée"*<sup>5</sup>.

De ces définitions données au devoir, il résulte qu'à côté des lois et des usages peuvent exister d'autres règles, qui peuvent être des normes de comportement ou des engagements relevant de la morale, de normes prudentielles ou inscrites dans des circulaires d'une autorité de contrôle, des accords interbancaires, ou des codes de bonne conduite élaborés par la profession ou par les établissements de crédits eux-mêmes et qui peuvent dicter la conduite d'un banquier «vertueux».

Dans la présente contribution, par facilité de langage, nous utiliserons indistinctement les

---

<sup>1</sup> F. Boucard, Les obligations d'information et de conseil du banquier, Presses Universitaires d'Aix Marseille, 2002, p.26 n°14.

<sup>2</sup> A. Beaujean, Dictionnaire de la langue française abrégé du dictionnaire du Littré : librairie générale française, 1990.

<sup>3</sup> Pour un manquement d'un employé de banque aux devoirs déontologiques de probité, de loyauté et délicatesse, cons. Trav. Nivelles, 14 décembre 2001, rev. dr. banc. et fin, 2002, p.366 et note J.P. Buyle et O. Creplet, Cadeaux d'entreprise et rétrocession de commissions : devoirs déontologiques de l'employé de banque à l'égard de son entreprise et responsabilité de la banque à l'égard des tiers du fait de ses préposés.

<sup>4</sup> Ph. Grandjean, Le juge consulaire, déontologie et discipline, Gaz. pal., 8-9 octobre 1997, p.24.

<sup>5</sup> R. Henrion, La déontologie des banques, in Liber amicorum Professeur Guillaume Dirckx, UP Leuven, 1977, p.155.

termes "devoirs" ou "obligations", dans un sens premier de "lien de droit".

Nous étudierons plus particulièrement les devoirs d'information, de vigilance, de discrétion, de diligence, de loyauté et de sécurité<sup>6</sup>. Ces obligations nous paraissent significatives, spécialement dans les rapports entre le banquier et l'entreprise.

Nous sommes conscients de ce que le banquier peut être tenu à d'autres devoirs tels que le devoir de ne pas s'ingérer dans les affaires de son client<sup>7</sup>, le devoir de restitution des avoirs confiés<sup>8</sup>, le devoir de rendre compte, le devoir de conservation<sup>9</sup> ou le devoir d'encaissement que, par faute de place, nous n'aurons pas l'occasion d'approfondir.

Les obligations du banquier à l'égard de l'entreprise sont généralement des obligations de moyens. Elles ne peuvent avoir de sens et engendrer des responsabilités que dans le respect strict d'un équilibre entre les parties. A côté de ces devoirs souvent stricts et rigoureux, l'établissement de crédit est en droit de voir ses attentes légitimes respectées.

L'entreprise aussi a des devoirs à l'égard de la banque : devoir de donner des informations exactes, complètes et sincères, devoir de loyauté, devoir de prendre connaissance et de vérifier les informations la concernant communiquées par le banquier, devoir de sécurité concernant les moyens de paiement transmis (notamment dans la conservation confidentielle des codes secrets<sup>10</sup>), devoir de se renseigner sans adopter un comportement exclusivement passif... Tout ce qui fait de l'entreprise un partenaire responsable, professionnel, et sans doute avisé.

## **CHAPITRE I – LES DEVOIRS D'INFORMATION, DE RENSEIGNEMENT, DE MISE EN GARDE ET DE CONSEIL**

### **Section 1 : PRINCIPES**

**2. Définitions** - En droit bancaire, comme dans d'autres branches du droit, il est parfois difficile de distinguer le devoir d'information des obligations de renseignement, de mise en

---

<sup>6</sup> Qu'il nous soit permis de remercier très chaleureusement Me Paul Falaise pour son aide précieuse à l'occasion de la préparation de la présente contribution.

<sup>7</sup> cf p.ex Bruxelles, 6 septembre 1999, R.D.C., 2000, p.703, obs. J.P. Buyle et M. Delierneux.

<sup>8</sup> Cons. L'obligation de restitution du banquier, cahier AEDBF-Belgium, Tome 7, Bruylant, 1998.

<sup>9</sup> Cf p.ex. J.P.Buyle, A. Willems, la responsabilité professionnelle des banquiers dans l'établissement et l'utilisation des documents, rev.dr.U.L.B., 1992/6, p.171 ; loi du 11 janvier 1993 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux et du financement du terrorisme, article 7 ; en matière de titres consultez notamment : J. Cerfontaine, Effectenbewaarneming door financiële instellingen, in Bankcontracten, Die Keure, 2004, p.477 et suiv. ; Ph.Bourin, Droits et obligations du banquier dépositaire de titres, in Droit bancaire et financier au Luxembourg, AJLB, Bruylant, 2004, t.VI.p.1264 et suiv.

<sup>10</sup> Cette obligation est précisée à l'article 8§1<sup>er</sup> de la loi du 17 juillet 2002 relative aux opérations effectuées au moyen d'instruments de transfert électronique de fonds : "le titulaire prend les précautions raisonnables pour assurer la sécurité de l'instrument de transfert électronique de fonds et des moyens qui en permettent l'utilisation" ; comp. Code de bonne conduite de l'A.B.B. du 17 avril 1998 (chapitre "Les paiements").

garde et de conseil<sup>11</sup>.

Le devoir d'information se définit comme la transmission d'une information dont le contenu est déterminé de manière objective. Il consiste parfois à rechercher cette information si celui qui doit la transmettre l'ignore. Le devoir d'information porte tout d'abord sur la communication de données ou de faits. Il ne concerne que des aspects techniques d'un service permettant au client d'en comprendre le mécanisme et la portée pour, sur cette base, orienter et déterminer son choix<sup>12</sup>. L'information concerne les conditions du service bancaire<sup>13</sup>.

Le devoir de conseil est plus étendu. Il exige du banquier une appréciation subjective sur l'opportunité d'une opération. Il consiste en un avis pour orienter une action, voire un dirigisme dans ce qu'il convient de faire ou de ne pas faire. Conseiller suppose l'incitation à agir dans un sens déterminé<sup>14</sup>.

Le devoir de conseil comporte comme le devoir d'information deux prestations, l'une d'ordre intellectuel, qui s'analyse en une obligation de moyen, et l'autre purement matérielle (la transmission de l'information ou du conseil), qui s'analyse en une obligation de résultat.

Le devoir de renseignement n'est autre que la réponse à une demande d'information. Ce devoir se distingue des deux précédents dans la mesure où ceux-là doivent être fournis spontanément, en exécution d'une obligation qui incombe à celui qui doit conseiller ou informer.

Le devoir de mise en garde quant à lui correspond à l'obligation d'attirer l'attention de l'entreprise sur les dangers qui se présentent à elle. Le contenu de l'information, à savoir le danger eu égard à certaines circonstances, peut être déterminé de manière objective et n'exige pas que le débiteur de cette obligation donne un avis personnel. Par contre, pour pouvoir mettre quelqu'un en garde, il faut examiner la situation dans laquelle se trouve l'intéressé et l'analyser afin de découvrir le danger. Il s'agit là d'une prestation de nature intellectuelle qui requiert une appréciation subjective, ce qui rattache la mise en garde au devoir de conseil.

**3. Fondement et limites** - L'obligation de transmettre à l'entreprise des informations et des renseignements exacts, suffisants, loyaux et complets, trouve, selon les cas, son fondement et ses limites dans la loi (n°4), dans l'objet du contrat (n°5) ou dans les principes d'exécution de bonne foi et de comportement prudent et raisonnable (n°6).

**4. Suite** - Quelques textes normatifs prévoient, dans certaines matières et à des moments différents de la vie du contrat, des obligations d'information et de renseignement

---

<sup>11</sup> F. Boucard, Les obligations d'information et de conseil du banquier, Presses Universitaires d'Aix Marseille, 2002, p.20 et s.

<sup>12</sup> A. Willems, Conditions générales bancaires (quelques observations en début de millénaire), in Les conditions générales bancaires, colloque AEDBF-Belgium, 3 décembre 2004, p.6.

<sup>13</sup> J.P. Buyle, M. Delierneux, obs. sous Comm. Bruxelles, 8 novembre 2001, R.D.C., 2004, p.173.

<sup>14</sup> J.L. Rives-Langes, M. Contamine-Raynaud, Droit bancaire, 5<sup>e</sup> édition, p.213, n°173.

spécifiques<sup>15</sup>.

Que l'on songe en matière de compte, d'intérêts et d'opérations en compte à la loi uniforme du 1<sup>er</sup> mars 1961 sur le chèque (articles 40 et 42), à l'arrêté royal du 23 mars 1995 relatif à l'indication des tarifs des services financiers homogènes, à la loi du 14 juillet 1998 portant obligation d'information quant aux intérêts débiteurs dus sur les comptes ouverts auprès des établissements de crédit ou d'autres personnes morales, à la loi du 9 janvier 2000 relative aux virements d'argent et paiements transfrontaliers, à la loi du 10 août 2001 relative à la Centrale des crédits aux particuliers ou à la loi du 17 juillet 2002 relative aux opérations effectuées au moyen d'instruments de transfert électronique de fonds qui imposent toute une série d'informations à donner par la banque à son client, à des tiers, voire au public.

En matière d'opérations sur instruments financiers, plusieurs textes imposent aux établissements de crédit une série d'obligations d'information. Il en est ainsi de l'arrêté royal du 5 août 1991 relatif à la gestion de fortune et au conseil en placements (articles 8, 9, 16), à l'arrêté royal du 25 novembre 1991 relatif au courtage en change et en dépôts (articles 7, 11 et 12), à l'arrêté royal du 27 décembre 1994 relatif aux bureaux de change et au commerce des devises (article 15)<sup>16</sup>, ou à l'article 36 de la loi du 16 avril 1995 relative aux marchés secondaires, au statut des entreprises d'investissement et à leur contrôle, aux intermédiaires et conseillers en placements<sup>17</sup>.

**5. Suite** – Les obligations d'information, de renseignement et de conseil peuvent aussi trouver leur source dans l'objet même du contrat.

Le contrat relatif à la fourniture de renseignements commerciaux implique, par nature ou par essence, la communication d'informations exactes à l'égard du client ou de la personne faisant l'objet de renseignement communiqué à un tiers. La banque peut engager sa responsabilité civile ou pénale, par exemple, en cas de communication d'informations confidentielles ou manifestement inexacts, partiales, injurieuses ou diffamatoires ou d'informations exactes transmises dans un but de nuire<sup>18</sup>. Comme le précise un arrêt récent de la Cour d'appel de Bruxelles : « celui qui procure des renseignements commerciaux n'assume qu'une obligation de moyen, l'inexactitude du renseignement fourni n'entraîne pas ipso facto sa responsabilité ; cette responsabilité nécessite un manque de prudence ou de diligence dans la recherche ou la communication de l'information »<sup>19</sup> Pour établir cette responsabilité, le client doit établir le caractère déterminant de l'influence de l'information ou du conseil reçu

---

<sup>15</sup> Les textes mettant à charge des banquiers des obligations d'information sont plus nombreux lorsque le client est un particulier ou un consommateur. Que l'on songe par exemple à la loi sur le crédit à la consommation du 12 juin 1991 ou à la loi sur le crédit hypothécaire du 4 août 1992, à l'article 218 du code civil ou aux articles 99 et suivants du code des droits de succession.

<sup>16</sup> J.P. Buyle, D. Goffaux, Les opérations de change sur devises, in Bankcontracten, Die Keure, 2004, p.387.

<sup>17</sup> Cet article est appelé à être remplacé par l'article 26 de la loi du 2 août 2002 relative à la surveillance du secteur financier et aux services financiers, lorsqu'il entrera en vigueur.

<sup>18</sup> Cons. J.P. Buyle, "La fourniture de renseignements commerciaux", note sub. Comm. Namur, 29 septembre 1988, J.L.M.B., 1990, p.25 ; pour un cas de mise en cause de responsabilité d'une banque à l'occasion de la communication de renseignements inexacts, cons. Cass. Com. France, 24 novembre 1983, R.T.D., Com. 1984, p.321 et Cass. Com. France, 9 janvier 1978, Bull. Civ., n°12, p.10 ; Cass. Com. France, 2 mai 1989, Revue droit bancaire, n°16, p.212 ; Paris, 6 juillet 1990 cité par Gérard in "La responsabilité du banquier", Banque et droit, numéro hors série, Evolutions jurisprudentielles, 1990, p.11.

<sup>19</sup> Bruxelles, 8 décembre 2004, RG 1999/AR/3221, inédit.

sur sa décision. Lorsque cette influence présente ce caractère, encore faut-il s'assurer qu'il n'a pas été accordé une confiance excessive au renseignement communiqué, lequel ne doit être considéré que comme un élément d'appréciation parmi d'autres.

Les contrats de conseil occasionnel<sup>20</sup> ou de conseil en placements<sup>21</sup> ont quant à eux précisément comme objet de donner un conseil au client. La convention à conclure doit préciser les contours et les limites de cette obligation. Le conseiller n'est tenu qu'à une obligation de moyens, le critère habituel du "*bon père de famille*" servant de référence<sup>22</sup>.

**6. Suite** - Le devoir d'information peut aussi trouver son fondement dans les principes d'exécution de bonne foi et de comportement prudent et raisonnable.

Dans la phase précontractuelle, la bonne foi impose aux parties d'informer loyalement l'autre sur les circonstances déterminantes pour la conclusion du contrat<sup>23</sup>. Elle est fondée sur les articles 1382 et 1383 du code civil.

Lors de l'exécution du contrat, elle est fondée sur l'article 1134 alinéa 3 du code civil qui impose à chaque contractant de s'informer mutuellement de tout élément de nature à influencer l'exécution de ses obligations par sa contrepartie<sup>24</sup>.

Les informations sont parfois contenues expressément ou implicitement dans le contrat lui-même, dans des documents annexes comme les règlements généraux des opérations, les conditions générales bancaires, des règlements en matière d'ouvertures de crédit, dans des avis ou des lettres transmis au client en cours de contrat et/ou pendant la période précontractuelle, par voie d'affiches, de prospectus, de brochures, de vidéos ou de séances d'informations.

La nature, le contenu et les limites de l'information à donner varient en fonction de la nature, de la simplicité ou de la complexité du produit bancaire visé, de la structure mise en place, de l'expérience et de la compétence du client et des circonstances particulières de l'espèce visée.

Un contrat de compte ou de cautionnement, une attestation pour assister à une assemblée générale ou un bordereau d'exécution d'un ordre, requiert en principe moins d'explications que, par exemple, un crédit documentaire ou une opération de crédit adossée à un swap de taux<sup>25</sup> offert à un client profane.

L'information ne doit pas porter sur des faits que toute entreprise normalement diligente doit connaître pour la gestion de ses affaires ou de son entreprise<sup>26</sup>. En ce qui concerne par

---

<sup>20</sup> Cons. par exemple, Bruxelles, 12 octobre 2001, J.L.M.B., 2002, p.1037.

<sup>21</sup> Cons. par exemple, Comm. Bruxelles, 25 juin 1999, R.D.C., 1999, p.735 et obs. J.P. Buyle et M. Delierneux.

<sup>22</sup> Définition reprise à l'article 119 de la loi du 6 avril 1995 et à l'article 1.2 de la circulaire de la CBFA BA/1/92 relative à la gestion de fortune et au conseil en placements.

<sup>23</sup> A. De Boeck, Informatierechten en plichten bij de totstandkoming en uitvoering van overeenkomsten, Intersentia, p.106-107.

<sup>24</sup> Cons. par exemple, J.L. Fagnart, "L'obligation de renseignement du vendeur-fabricant", R.C.J.B., 1983, p.228 ; "L'exécution de bonne foi des conventions, un principe en expansion", R.C.J.B., 1986, p.285.

<sup>25</sup> Cf. par ex. CA Paris, 7 janvier 2003, Banque & Droit, mai-juin 2003, p.33.

<sup>26</sup> Civ. Liège, 18 février 1987, R.G.D.C., 1988, p.257.

exemple les contrats de change à terme, le banquier doit informer le client profane et occasionnel sur les techniques et les risques de ces opérations<sup>27</sup> mais il ne doit pas donner d'information spécifique à une entreprise pratiquant habituellement l'import/export et la conversion récurrente de monnaies.

Le client est également tenu d'une obligation de se renseigner sur les services qu'il sollicite. Il ne peut se retrancher derrière une attitude purement passive et attendre que le banquier lui fournisse toutes les informations, voire les conseils qui seraient en mesure de l'intéresser. Il doit demander des précisions sur les obligations qu'il assume et si nécessaire approfondir les éléments portés à sa connaissance. S'il n'agit pas de la sorte, il se rend coupable d'une négligence, d'une imprudence qui peut engager sa responsabilité<sup>28</sup>.

Le devoir d'information du banquier cesse d'être applicable lorsque le client est ou doit être en possession de l'information comme l'est par exemple, un client averti<sup>29</sup>. En droit financier, par exemple, seul le donneur d'ordre profane, qu'il soit un particulier ou plus rarement une entreprise, peut revendiquer ce droit à l'information, dans la mesure où il n'a pas connaissance des risques des opérations qu'il réalise et donc conscience des risques qu'il encourt.

En France, la Chambre commerciale de la Cour de cassation française a jugé, le 5 novembre 1991, que *"quelles que soient les relations contractuelles entre un client et sa banque, celle-ci a le devoir de l'informer des risques encourus dans les opérations spéculatives sur les marchés à terme, hors les cas où il en a connaissance"*.<sup>30</sup>

Depuis lors, cet arrêt a fait jurisprudence. Il pose le principe d'une obligation renforcée au profit de l'investisseur sur les marchés à terme et l'assortit d'une limite essentielle, en réservant le bénéfice à l'investisseur néophyte.

Le banquier ne doit pas informer le client de tout, même de ce qui est dans le domaine public ou de ce dont son client peut savoir par une étude dont la facilité est proportionnée à ses moyens et à son entreprise<sup>31</sup>. Il doit seulement lui donner les informations techniques nécessaires et lui révéler les risques encourus<sup>32</sup>. Le client ne peut se borner à invoquer son ignorance, encore faut-il que celle-ci soit légitime ou excusable et l'on doit se poser la question de savoir si le créancier de l'obligation d'information ou de renseignement avait la faculté de connaître ou de pouvoir connaître l'information ayant fait défaut, sans qu'on ne doive lui demander de procéder à des investigations trop poussées.

---

<sup>27</sup> J.L. Rives-Lange, M. Contamine-Raynaud, op. cit., p.476, n°336.

<sup>28</sup> J.P. Buyle et M. Delierneux, R.D.C., 1997 p.794 et réf. citées aux notes 7-8.

<sup>29</sup> J.P. Buyle et A. Willems, La responsabilité professionnelle des banquiers dans l'établissement et l'utilisation de documents, rev. dr. ULB 1992, p.145 ; J.J. Daigre, L'information de l'investisseur sur les marchés spéculatifs, rev. droit. banc. et fin., 2002, p.352 ; H. De Vauplane, obs. sous Cass. com., fr. 7 avril 1998, Banque & Droit, n°60, 1998, p.37 ; H. De Vauplane, "Responsabilité de l'intermédiaire financier – Swaps, manquement à l'obligation d'information et de conseil (non)", obs. sous Trib. Com. Paris, 20 septembre 2000, Banque & Droit 2000, p.37.

<sup>30</sup> Cass. Com. fr. 10 mai 1994 et 2 novembre 1994, R.J.D.A., 1/95 n°34. Dans le même sens: Trib. Luxembourg, 14 janvier 1999, Bulletin droit et banque, n°33 p.77 ; Cass. fr. 7 avril 1998, Banque et Droit n°60, juillet-août 1998, p.37 ; Paris, 17 décembre 1992, Banque et Droit, 1993, p. 29 ; Cass. comm. fr. 5 novembre 1991, Banque et Droit, 1992, p.106.

<sup>31</sup> Civ. Liège, 18 février 1987, R.G.D.C., 1988, p.257 ; R.D.C., 1989, p.73.

<sup>32</sup> J.L. Rives-Lange, M. Contamine-Raynaud, Droit bancaire, 5<sup>e</sup> Ed., p.213, n°173.

Ainsi, un banquier ne peut se voir reprocher par un client le fait de ne pas l'avoir suffisamment informé de la réglementation concernant les opérations de transfert à l'étranger<sup>33</sup>. Si le client ne comprend pas une opération ou un service, la prudence exige de lui qu'il se renseigne auprès de son banquier des précautions à prendre.

**7. Devoir général de conseil ?** - L'obligation d'informer et de renseigner du banquier ne doit pas de transformer en une obligation générale de conseiller.

L'activité de conseil dépasse largement celle de l'information et de la communication de données ou de faits. Celle-ci implique une intervention plus active, une orientation voire un dirigisme dans ce qu'il convient de faire ou de ne pas faire.

Si le banquier a l'obligation d'informer son client, il n'a pas, de manière générale, à le conseiller<sup>34</sup>. Le banquier n'a, en principe, pas de devoir de conseil général. *"Il n'a, ni en droit, ni en vertu de sa déontologie professionnelle, l'obligation de jouer le rôle de directeur de conscience économique et financier des clients qui sollicitent une ouverture de crédit, à moins qu'il n'ait accepté de jouer ce rôle de conseil dans des cas spécifiques"*.<sup>35</sup>

La nature même des activités du banquier, qui n'est en rien assimilable à un véritable service public<sup>36</sup>, à un notaire ou à un conseiller juridique ou financier, n'implique nullement l'existence d'une obligation de conseil<sup>37</sup>.

En matière de contrat de vente de devises à terme par exemple, le tribunal de commerce de Nivelles a décidé que : *"Le banquier doit fournir à sa clientèle une information technique complète et précise [...]. Le devoir du banquier, sauf convention contraire, ne va pas au-delà. Il n'a pas à surveiller ou s'intégrer dans la gestion de l'entreprise de son client [...], celui-ci étant censé disposer des compétences requises pour mener à bien ses affaires et étant tenu de s'informer personnellement quant à la portée des engagements qu'il souscrit"*.<sup>38</sup>

Le tribunal de Nivelles maintient à juste titre la distinction entre le conseil et l'information.

---

<sup>33</sup> Trib. Com. Paris, 5 février 1980, D.S., IR, 1980, p.15.

<sup>34</sup> J.L. Rives-Lange, M. Contamine-Raynaud, op. cit., p.213, n°173 ; M. Vasseur, Droit et économie bancaires, Fascicule 1, p.61 et suivantes : *"Des responsabilités encourues par le banquier à raison des informations, avis et conseils dispensés à ses clients"*, Banque, 1983, p.943 ; C. Gavalda, J. Stoufflet, Droit de la banque, PUF 1974, p.405, n°319 ; C. Gavalda, J. Stoufflet, "Chronique de droit bancaire", J.C.P., doctrine, 1979, 2965, n°13-14 ; Duvivier, Existe-t-il une obligation de conseil du prêteur vis-à-vis du consommateur en droit belge et français ?, R.B. février 91, p.99 ; A. Bruyneel, le droit bancaire, J.T., 1982, p.352, n°11 ; contra J.L. Vézian, op. cit., p.75, n°107.

<sup>35</sup> Comm. Bruxelles, 4 novembre 1987, en cause Pelsser/Générale de Banque, inédit, cité partiellement, R.D.C., 1989, p.69 ; Comm. Bruxelles, 31 mai 1996, J.L.M.B., 1996, p.1588 ; Civ. Bruxelles 7<sup>e</sup> Chambre, 7 janvier 2005, inédit, R G 95/13756/A et 96/1862/A.

<sup>36</sup> Cf. p.ex. Bruxelles, 6 septembre 1999, R.D.C. 2000, p.703 et obs. J.P. Buyle et M. Delierneux, qui rappelle que *"Si le service des banques présente un intérêt général, il ne s'agit pas d'un service public qui leur impartirait, à ce titre, des devoirs particuliers envers les tiers ou les clients. Le banquier peut refuser d'ouvrir ou d'augmenter un crédit sans avoir à justifier sa décision. Sa liberté d'appréciation est totale et sa décision est discrétionnaire"*. Cette pétition de principe doit cependant être nuancée aujourd'hui, en matière de compte à vue et d'opérations liées au vu de la loi du 24 mars 2003 instaurant un service bancaire de base.

<sup>37</sup> Civ. Bruxelles, 6 mai 1988, Braas/Générale de Banque, inédit.

<sup>38</sup> Comm. Nivelles, 26 septembre 1996, obs. ; J.P. Buyle et M. Delierneux, "Jurisprudence commentée en droit bancaire et boursier", R.D.C., 1997, p.793 ; voir également J. Tyteca, obs. sous Gand 17 mars 1999, T.R.V., 2001, p.330 ; Comm. Louvain, 26 octobre 1993, R.D.C., 1994, p.1137.

Il rappelle à bon droit que, sauf convention expresse, le banquier n'a pas de devoir général de conseil envers ses clients.

Quelques décisions ont toutefois émis ou retenu l'idée contraire. Plusieurs d'entre elles opèrent malheureusement souvent la confusion et parlent d'obligation de conseil, alors qu'il s'agit, en l'espèce, d'une obligation d'information ou de renseignement<sup>39</sup>.

En matière de dépôt de titres, il arrive qu'à côté d'événements qui affectent la vie du titre<sup>40</sup> et qui s'imposent à l'investisseur (division d'actions, encaissement de coupons ou de dividendes), surgissent des événements qui requièrent un choix de l'investisseur. Dans ce cas (un paiement de dividende en espèces ou en titres par exemple), le banquier se doit de recueillir la décision de son client après l'avoir dûment informé des possibilités qui se présentent à lui.<sup>41</sup>

Le devoir d'information du banquier quant aux opérations à accomplir sur les titres en vue de leur conservation, n'impose cependant aucun devoir de conseil quant aux actes de disposition effectués par le client. Si la banque a accepté, accessoirement au contrat de dépôt, de donner des conseils, il faut rechercher si les conseils donnés sont objectivement mauvais au moment où ils sont donnés ou s'ils s'appuyaient, par exemple, sur un raisonnement illogique, la banque ne pouvant garantir la sécurité d'opérations spéculatives à terme comportant d'importants aléas<sup>42</sup>.

Le banquier qui offre ses services à un actionnaire sous la dénomination "*conseils aux entreprises*" aux fins de trouver, contre rémunération, un acquéreur pour ses parts ou celles qu'il contrôle, agit comme un courtier professionnel. Il doit éclairer son client sur les personnes qu'il lui présente et attirer son attention sur les risques de l'opération qu'il noue par son entremise<sup>43</sup>.

Lorsque le banquier donne un conseil, d'initiative ou sur demande, le client reste libre de décider comme il le souhaite, de suivre ou non le conseil<sup>44</sup>. Si le conseil est suivi, le banquier n'est tenu qu'à une obligation de moyens, de soin et de diligence.

Ainsi, par exemple, en matière d'ordres de bourse, le banquier ne garantit ni la sécurité du placement, ni la solvabilité de la société émettrice<sup>45</sup>, le seul fait pour une banque de conseiller un client sur le fondement de renseignements comptables en sa possession, une prise de participation dans une société, qui s'est révélée a posteriori désavantageuse, ne saurait engager sa responsabilité<sup>46</sup>.

---

<sup>39</sup> Cf. par exemple, T.G.I. Lyon, 13 juin 1977, D.S., IR, 1978, p.227 ; Rouen, 12 mars 1969, J.C.P. 1969, G.II, 16074 ; Aix-en-Provence, 6 juin 1977, D.S., IR, 1979, IR, p.137.

<sup>40</sup> En matière de dépôt de titres, ni les usages, ni l'équité, ni la loi n'obligent le banquier dépositaire à informer le déposant d'un événement affectant la vie de la société émettrice de ces titres (Cass.France, 9 janvier 1990, J.C.P. et note Stoufflet, D.S., 1990, p.173 et note Brill).

<sup>41</sup> Ph. Bourin, Droits et obligations du banquier dépositaire de titres, in Droit bancaire et financier au Luxembourg, AJLB, Bruylant, 2004, t.VI. p.1264 et suiv.

<sup>42</sup> Colmar, 30 juin 1982, Banque 1982, p.1263.

<sup>43</sup> Comm. Bruxelles, 31 janvier 1980, J.C.B., 1980, p.420.

<sup>44</sup> Le simple conseil n'engage pas la responsabilité civile de celui qui le donne, celui qui le reçoit restant libre de ne pas le suivre (Nîmes, 13 novembre 1963, J.C.P., 1965, I, 1982, n°6).

<sup>45</sup> Vézian, op. cit., p.235, n°344.

<sup>46</sup> T.G.I. Chambéry, 3 juillet 1984, D.S., IR, 1985, p.346.

## **Section 2 : APPLICATIONS**

**8** - On peut distinguer le contenu des obligations d'information, de renseignement, de mise en garde et de conseil à l'égard des entreprises selon la nature des services bancaires prestés. Nous nous proposons d'examiner quelques exemples tirés de la pratique et de la jurisprudence en matière d'opérations en compte, de crédit et d'instruments financiers<sup>47</sup>.

**9. Opérations en compte** - Le contrat de compte implique que lorsque le banquier reçoit des fonds pour son client, il doit les recevoir<sup>48</sup>, en inscrire le montant au crédit du compte et en informer le client par exemple par le biais des extraits de compte envoyés au client ou mis à sa disposition.<sup>49</sup>

Il est encore d'usage de faire périodiquement la balance du compte et de reporter le solde à nouveau.<sup>50</sup> Cette balance s'appelle arrêté ou relevé de compte. Son but est de permettre au client de vérifier les opérations passées en compte et de capitaliser les intérêts.<sup>51</sup>

L'omission de l'envoi de l'extrait de compte ou son caractère tardif peut être considéré comme une faute susceptible d'engager la responsabilité du banquier.<sup>52</sup>

Il est largement reconnu en doctrine et jurisprudence que l'absence de protestation des extraits de compte et des relevés périodiques dans un délai raisonnable vaut approbation en application de la théorie de « *l'approuvé implicite* ». <sup>53</sup> Ce principe, ainsi que le délai de protestation sont généralement précisés dans les conditions générales auxquelles le client

---

<sup>47</sup> L'obligation d'information du banquier peut bien entendu couvrir d'autres hypothèses. Ainsi, si un banquier révoque un agent délégué indépendant, il doit tout mettre en œuvre pour éviter que des clients soient induits en erreur quant au maintien du mandat et il doit en aviser tous les tiers susceptibles d'entrer ou de rester en rapport avec le mandataire (Mons, 16 décembre 1996, R.D.C. 1997, p.800 et obs. J.P. Buyle et M. Delierneux).

<sup>48</sup> Sous réserve de l'application de la législation anti-blanchiment.

<sup>49</sup> J.-P. Buyle et O. Creplet, « La responsabilité bancaire », in *Responsabilités – traité théorique et pratique*, V. 1 et 2 du livre 22 du titre II, p. 71.

<sup>50</sup> F. Grua, *Les contrats de base de la pratique bancaire*, Litec, 2000, p. 55, n°72.

<sup>51</sup> J. Van Ryn et J. Heenen, *Principes de droit commercial*, t. 4, 2<sup>e</sup> éd., Bruylant, 1988, p. 307, n°436.

<sup>52</sup> J. Vezian, *La responsabilité du banquier en droit privé français*, Litec, 1983, p. 51, n°77.

<sup>53</sup> Bruxelles, 16 septembre 1998, *A.J.T.*, 1998-1999, p. 675 ; Bruxelles, 23 décembre 1988, *J.T.*, 1989, p. 182 ; Bruxelles, 27 juin 1985, *J.T.*, 1985, p.685 ; Anvers, 11 avril 1994, *R.D.C.*, 1995, p. 1063 ; Liège, 16 janvier 1997, *R.D.C.*, 1999, p. 22 ; J. Linsmeau, « Points délicats des règlements généraux des opérations de Banque », in *Droit bancaire, cambiaire et financier*, CUP, 1998, p. 107, n° 3, p. 132, n° 48 et 49 ; M. Flamée, N. Tanghe, « Bewijsrecht : beknopte status quaestionis », in *Le droit des affaires en évolution*, T.3, p. 221 n° 47 ; A. Bruyneel, E. Van Den Haute, « Chronique de droit privé. Les opérations de banque (1999) », *Rev. Banque*, 2000, p. 539, n° 2 ; Cass. fr., 9 décembre 1986, *J.C.P.*, 1988, éd. G II, 20918 ; J.-L. Rives-Lange, M. Contamine-Raynaud, *Droit Bancaire*, Dalloz, 1986, 4<sup>ème</sup> éd., p. 199, n° 169 ; Th. Bonneau, *Droit bancaire*, Domat droit privé, Montchrestien, 1999, p. 208, n° 369 ; Comm. Bruxelles, 2 février 1995, *R.D.C.*, 1996, p. 1072 ; Comm. Bruxelles, 23 avril 1996, *R.D.C.*, 1997, p.737 et obs. J.P. Buyle et M. Delierneux ; Comm. Bruxelles, 13 janvier 1998, *R.D.C.*, 1999, p.679 et obs. J.P. Buyle et M. Delierneux ; Gand, 13 décembre 2001, *Forum Financier – Droit bancaire et financier*, 2002, p. 167, note S. Dejonghe ; Comm. Mons, 22 février 2001, *R.D.C.*, 2003, p. 63, note J.-P. Buyle et M. Delierneux ; Liège, 23 juin 2003, *R.D.C.*, 2005, p.141 et obs. J.P. Buyle et M. Delierneux ; Bruxelles, 4 mars 2004, *Forum Financier/ Droit bancaire et financier*, 2004/IV p. 227.

a adhéré.

Comme dans la plupart des activités bancaires, l'ouverture d'un compte met à la charge du banquier certaines obligations d'information, de renseignement et de conseil.

Le devoir de conseil (mais n'est-ce pas une simple obligation d'information ?) s'étend au type de compte qu'il convient d'ouvrir, eu égard à la situation du client.<sup>54</sup> Il peut impliquer une explication de certaines opérations ou de services plus complexes. Son contenu est pour l'essentiel pédagogique.<sup>55</sup>

Le devoir d'information concerne notamment le fonctionnement du compte, la comptabilisation des opérations réciproques, les dates valeur, le calcul des intérêts, la périodicité des extraits de compte, leur force probante, les services offerts<sup>56</sup> et leur tarification, les modalités d'exécution des ordres donnés par le client<sup>57</sup>, ...

Le banquier remplit essentiellement son obligation d'information « globale » par la communication au client de ses conditions générales bancaires, auquel le client adhère et en accepte les termes.

Le banquier doit dès lors établir que le client a eu connaissance de ces conditions générales et en a accepté les termes. En pratique, le banquier fait signer au client, dès le premier contact, un document par lequel le client déclare avoir reçu un exemplaire de ces conditions générales<sup>58</sup> et y adhère. Cette déclaration est généralement reprise dans la convention d'ouverture de compte.

Même si la prise de connaissance effective par le client relève d'une certaine façon de la fiction,<sup>59</sup> Jacqueline Linsmeau a souligné que cette fiction semble « nécessaire à la sécurité juridique et en décider autrement poserait des problèmes de preuve insolubles ».<sup>60</sup>

**10. Opérations de crédit** - Les obligations d'information et de conseil du banquier à l'égard de l'entreprise ne sont pas consacrées par la loi. Par contre, depuis peu, le devoir d'information a été concrétisé dans le Code de conduite entre banques et PME dans le cadre de l'octroi de crédit<sup>61</sup>. Ainsi l'article 4.2 de ce Code de conduite prévoit que :

*« Préalablement à la conclusion d'une convention de crédit, l'établissement de crédit mettra à la*

---

<sup>54</sup> F. Grua, *Les contrats de base de la pratique bancaire*, Litec, 2000, p. 55, n° 73.

<sup>55</sup> C. Gavalda et J. Stoufflet, *Droit de la Banque*, PUF, Collection Thémis, 1974, n° 278.

<sup>56</sup> Une couverture assurance décès liée au compte par exemple (Comm. Bruxelles, 3 décembre 1996, R.D.C., 1997, p.741, obs. J.P. Buyle et M. Delierneux).

<sup>57</sup> Cf. M. Delierneux, L'ouverture d'un compte bancaire, in *Les conditions générales bancaires*, cahier AEDBF-Belgium, T17, Bruylant, 2005, p.10 (à paraître).

<sup>58</sup> Sont opposables au client les conditions générales dont il a reconnu avoir reçu copie lors de l'ouverture d'un compte soumis à leur application (Comm. Liège, 18 décembre 1996, R.D.C., 1997, p.755 et obs. J.P. Buyle et M. Delierneux).

<sup>59</sup> K. Byttebier, « Algemene bankvoorwaarden en girale betaalinstrumenten », in *Actuele ontwikkelingen in de rechtsverhouding tussen bank en consument*, Maklu, 1994, p. 264.

<sup>60</sup> J. Linsmeau, « Points Délicats des Règlements Généraux des Opérations de Banque », in *Droit Bancaire, Cambiaire et Financier*, CUP – mai 1998, n° 6 et références citées.

<sup>61</sup> Conclu entre l'Association belge des banques, Agoria, la fédération nationale des Unions des classes moyennes, Unizo et la FEB, cons. [www.ABB-BVB.be](http://www.ABB-BVB.be)

*disposition de la PME, dans un langage intelligible, toutes les informations disponibles et détaillées sur les conditions relatives au crédit demandé, en ce compris les règlements qui sont applicables à ce crédit. La PME sera informée de toute modification qui y sera apportée ».*

C'est en vertu du droit commun que le banquier peut engager sa responsabilité pour avoir manqué à son devoir d'information. Il reste néanmoins que le client crédité est généralement une personne morale autonome et responsable, qui exerce une propre politique indépendante.<sup>62</sup>

Ceci n'implique pas que l'établissement de crédit n'ait pas d'obligation spécifique à l'égard du crédité. Au départ, la doctrine et la jurisprudence étaient assez réticentes pour admettre que le banquier pouvait engager sa responsabilité contractuelle, et ce en raison de l'absence d'un lien de causalité entre la faute éventuelle du banquier et le dommage causé.<sup>63 64</sup> On considérait que le banquier s'était exonéré de sa responsabilité avec le consentement du client. Par sa demande de crédit, le crédité aurait implicitement donné son accord pour que le dommage survenu ne soit pas compensé.<sup>65</sup>

Une doctrine plus récente a reconnu que la responsabilité du banquier pouvait être engagée, lorsque celui-ci ne respectait pas son devoir d'information,<sup>66</sup> au moment de l'octroi du crédit.

Ainsi, le créancier doit informer le crédité sur le crédit et ses caractéristiques<sup>67</sup> et sur les choix à opérer entre les différents crédits possibles.<sup>68</sup>

Un banquier pourrait se voir reprocher par exemple d'avoir consenti à un client un crédit de caisse plutôt qu'un crédit d'investissement. Mais le banquier qui consent un crédit à une entreprise n'a en principe pas de devoir de conseil<sup>69</sup>.

Il a été jugé que « *le devoir d'information du banquier ne porte pas sur des faits que toute personne ou toute entreprise normalement diligente doit connaître pour la gestion de ses affaires ou de son entreprise (...); que le banquier doit, avant d'accorder le crédit sollicité, vérifier si le type de crédit et son montant sont adaptés aux dimensions et aux besoins de l'entreprise, ce qui implique dans son chef, un examen des documents comptables que lui soumet le demandeur de*

---

<sup>62</sup> Comm. Gent, 10 février 1987, *R.D.C.*, 1989, p. 84 ; Mons, 20 septembre 1999, *J.L.M.B.*, 2000, p. 1688 ; Comm. Charleroi, 18 décembre 1980, *J.T.*, 1984, p. 472, n° 10. Pour certains, le dispensateur de crédit n'est pas tenu –ni en vertu de la loi, ni en vertu de ses obligations professionnelles– à l'égard du demandeur de crédit à un devoir général d'information et de contrôle lorsque le contrat est usuel et que le client est averti (Comm. Gent, 11 avril 1997, *R.D.C.*, 1998, p.832 et obs. J.P. Buyle et M. Delierneux).

<sup>63</sup> A. Zenner et L.M. Henrion, « La responsabilité du banquier dispensateur de crédit en droit belge », *J.T.*, 1984, 472, n° 10.

<sup>64</sup> Comm. Hasselt, 15 décembre, 1998, *R.D.C.*, 1999, p. 721.

<sup>65</sup> R. Kruithof, « De betekenis van het cassatiearrest van 9 maart 1984 in De discussie omtrent de doorbraak van causaal verband door een eigen juridische oorzaak », *R.W.*, 1983-84, p. 2807.

<sup>66</sup> L. Cornelis, « De aansprakelijkheid van de bankier bij kredietverlening », *T.P.R.*, 1986, p. 366, n° 16; X. Dieux, D. Willermain, La responsabilité civile et pénale du banquier dispensateur de crédits-développements récents, in *Le crédit aux entreprises, aux collectivités publiques et aux particuliers*, Editions du jeune barreau de Bruxelles, 2002, p 422.

<sup>67</sup> Bruxelles, 6 septembre 1999, *R.D.C.*, 2000, p.703 et obs. J.P. Buyle et M. Delierneux.

<sup>68</sup> C.S.J. Luxembourg, 5 avril 2001, *Codex*, 6/2001, p. 178 et C.S.J. Luxembourg, 23 mai 2001, *DAOR*, 2003/66, p. 62 ; Civ. Charleroi, 8 juin 2000, *R.D.C.*, 2001, p.781 et note J.-P. Buyle et M. Delierneux.

<sup>69</sup> Comm. Bruxelles, 8 novembre 2002, *R.D.C.*, 2004, p.169 et obs. J.P. Buyle et M. Delierneux.

*crédit (...); qu'elle ne commande pas que la banque fasse procéder elle-même à des études techniques et à des analyses comptables en vue de confirmer ou de rejeter les documents du candidat au crédit qu'une vérification raisonnable fait apparaître comme normaux; (...) que le droit de toute personne de gérer ses biens et d'entreprendre ses affaires comme elle l'entend, exclut de transformer l'obligation du banquier en une tutelle des banques jugeant souverainement de l'opportunité de traiter les opérations nécessitant un crédit et réexaminant en lieu et place du crédit « minorisé » tous les aspects de son projet comme celui-ci devrait le faire en adulte responsable gérant ses intérêts « en bon père de famille »<sup>70</sup>.*

Certains tribunaux estiment aussi que le banquier doit mettre en garde ses clients contre un choix inadapté<sup>71</sup>, dans la mesure où il doit recommander à son client le crédit qui répond le mieux à ses besoins<sup>72</sup>. L'adéquation des crédits est fondée sur l'obligation de loyauté à l'égard du crédit. Cette obligation doit s'entendre raisonnablement. Si ce devoir peut impliquer que le banquier s'informe de certains éléments propres à lui permettre de procéder à une appréciation, en opportunité, du crédit le plus adapté aux besoins du client, il ne faut pas oublier que c'est au crédit, au premier chef, qu'il appartient d'apprécier ses besoins et d'en faire part au banquier.

Il n'appartient pas à l'établissement de crédit de substituer sa propre appréciation à celle du crédit et d'examiner et évaluer la situation financière et structurelle globale de l'entreprise.<sup>73</sup>

Le client est généralement mieux placé que le banquier pour apprécier sa rentabilité et ses facultés de remboursement, ainsi que du prix à payer pour l'acquisition d'un fonds de commerce sur le lequel le banquier ne peut pas influencer.<sup>74</sup>

Pour juger si le devoir d'information a été rempli diligemment, le juge doit se replacer dans le temps, à savoir au moment où le banquier devait prendre l'obligation en question sur lui. L'appréciation du comportement du banquier doit en outre se limiter à une appréciation marginale. Les circonstances doivent être appréciées à la lumière du critère du banquier normalement prudent et diligent, placé dans les mêmes circonstances.<sup>75</sup>

Pour évaluer l'étendue de ce devoir, il est important de vérifier la nature de l'opération et la qualité du crédit au moment de l'octroi du crédit. Si ce dernier est familier avec le secteur du crédit, comme c'est souvent le cas lorsque le client est une entreprise, le devoir d'information doit être évalué différemment de l'hypothèse dans laquelle le crédit doit être considéré comme un novice en la matière.<sup>76</sup> Il faut voir si le crédit n'aurait pas dû savoir

<sup>70</sup> Civ. Liège, 18 février 1987, R.D.C. 1989, p 73 ; Civ.Bruxelles 7 janvier 2005, 7<sup>e</sup> Chambre, inédit, RG 95/13756/A et 96/1862/A.

<sup>71</sup> Civ. Charleroi, 8 juin 2000, R.D.C., 2001, p.781 et obs. J.P. Buyle et M. Delierneux.

<sup>72</sup> Bruxelles, 6 septembre 1999, R.D.C., 2000, p.703, et obs. J.P. Buyle et M. Delierneux.

<sup>73</sup> Mons, 7 mars 1994, *J.L.M.B.*, 1996, 1201.

<sup>74</sup> F. Grua, « Responsabilité civile du banquier – Service du crédit », in Ed. du Juris-Classeur, 1998, Fasc. 151, p. 3 ; D. Blommaert, O. Poelmans, « Chronique de jurisprudence en droit bancaire », *DAOR*, 2003/66, p. 94 ; C.S.J. Luxembourg, 5 avril 2001, *codex*, 6/2001, p.178 et C.S.J., 23 mai 2001, *DAOR*, 2003/66, p. 62. ; Civ. Charleroi, 8 juin 2000, R.D.C., 2001, p. 781 et note J.P. Buyle et M. Delierneux ; Bruxelles, 29 juin 2001, *A.J.T.*, 2001-2002, p. 373.

<sup>75</sup> Pour un examen de ces critères, voir D. Blommaert, "De aansprakelijkheid van de kredietinstelling – kredietverlener : recente trends", in E. Wymeersch (ed.), *Financieel recht tussen oud en nieuw*, Maklu, 1996, p. 698.

<sup>76</sup> R. Routier, *La responsabilité du banquier*, Paris, LGDJ, 1997, p. 26 : « la prudence attendue doit être distinguée

ou se renseigner lui-même.<sup>77</sup>

La jurisprudence de la Cour de cassation française peut être utile pour déterminer les principes en matière de responsabilité du banquier dispensateur de crédit. Elle montre également le caractère exceptionnel des situations dans lesquelles la responsabilité à l'égard du crédit peut être retenue. Dans un arrêt relativement récent, la Cour a examiné les hypothèses pouvant donner lieu à la mise en cause de la responsabilité de la banque.<sup>78</sup>

Ainsi, la Cour se demande si une banque n'a pas gardé en vie artificiellement une entreprise, alors qu'elle connaissait ou devait connaître que la société allait droit à la faillite.<sup>79</sup> Cette thèse apparaissait pour la première fois dans un arrêt dans lequel un crédit d'investissement était octroyé, alors que la charge de remboursement était supérieure aux revenus taxables, de sorte que l'opération de crédit devait nécessairement mener à une catastrophe.<sup>80</sup>

Par contre, si le banquier ne connaissait pas ou ne pouvait pas connaître la fragilité de la situation financière du crédit, le client ne pourrait reprocher au banquier de lui avoir octroyé un crédit au-dessus de ses moyens.<sup>81</sup>

Le client peut-il reprocher au banquier de l'avoir mal conseillé ou de ne pas l'avoir mis en garde au motif que le crédit était inopportun pour lui au regard de ses perspectives financières? Nous ne le pensons pas. La banque n'est pas tenue à une obligation de conseil à l'égard de l'emprunteur, particulièrement lorsqu'il s'agit d'une entreprise et ce sauf l'hypothèse où la banque a sur la situation du client ou sur les risques encourus des informations que le client ignore<sup>82</sup> et qui feraient apparaître de façon évidente les conséquences néfastes du projet qu'il finance, ce qui est exceptionnel. La banque est tenue à ce devoir de non ingérence et de non immixtion dans les affaires de son client et elle ne doit pas donner à son client une information qu'il possède déjà.

En Belgique, certains tribunaux considèrent que, par définition, le crédit possède une connaissance parfaite de sa situation financière et il ne saurait être reproché à une banque de lui avoir octroyé un crédit nonobstant sa situation financière difficile<sup>83</sup> tandis que d'autres estiment que la banque peut engager sa responsabilité lorsqu'elle consent un crédit qui ne correspond pas aux capacités de son client, si l'erreur est manifeste et si la banque a pu en avoir conscience<sup>84</sup>. Un banquier ne peut octroyer un crédit sur base de la seule considération que celui-ci est suffisamment couvert par les sûretés qu'il a exigées<sup>85</sup>.

---

*selon que le concours s'adresse à un particulier ou relève d'une activité professionnelle* » ; voir également Bruxelles, 10 septembre 1987, *R.G.A.R.*, 1989, p. 68 ; Prés. Comm. Bruxelles, 4 octobre 1988, *J.T.*, p. 10, *Rev. prat. soc.*, 1988, p. 23 et 292 et *T.R.V.*, 1989, p. 297.

<sup>77</sup> C.J.S. Luxembourg, 5 avril 2001, *op.cit.* et C.S.J. Luxembourg, 23 mai 2001, *op.cit.*

<sup>78</sup> Cass. fr., 7 octobre 1997, *RTDcom*, 1998, p. 188.

<sup>79</sup> Dans le même sens : Cass. Civ. Fr., 18 février 1997, *JCP*, 1997, éd. E, p. 944, note Legeais.

<sup>80</sup> Cass. fr. (com.), 28 juin 1994, *RTDcom*, 1995, p. 171 ; dans le même sens, mais par une chambre civile : Cass. fr. (civ.), 27 juin 1995, *RTDcom*, 1996, p. 100.

<sup>81</sup> Cass. fr., 26 mars 2002, *RTDcom*, 2002, p. 523.

<sup>82</sup> Cf. par exemple, Cass. Comm. F., 10 octobre 2000, *rev. dr. banc. et fin.*, 2001, p.11 ; Paris, 8 mars 2002; D.S., jur. Som. comment., p.345 et obs. D. Martin.

<sup>83</sup> Liège, 29 avril 2004, 7<sup>e</sup> chambre, inédit 2002/RG/623.

<sup>84</sup> Bruxelles, 6 septembre 1999, R.D.C., 2000 et obs. J.P. Buyle et M. Delierneux.

<sup>85</sup> Comm. Bruxelles, 12 septembre 2000, R.D.C., 2001, p.787 et obs. J.P. Buyle et M. Delierneux.

**11. Opérations sur instruments financiers** – Le devoir d'information en matière d'instruments financiers doit s'apprécier en tenant compte notamment du profil de l'investisseur et de son besoin objectif d'information<sup>86</sup>. Il n'implique pas une information exhaustive du client quant aux droits et obligations. Un tel examen incombe au premier chef à l'investisseur qui agit en son nom et sous sa responsabilité. Le banquier n'a pas le devoir d'éclairer le client sur l'évolution des valeurs achetées et ne garantit pas le succès de telles opérations spéculatives<sup>87</sup>.

L'intermédiaire financier n'a pas de devoir de conseil envers ses clients<sup>88</sup>, un tel devoir supposant une convention spécifique, telle que le conseil en placements. En revanche, le banquier qui dispense des conseils est susceptible d'engager sa responsabilité dans les conditions de droit commun<sup>89</sup>.

Parmi les règles de conduite que l'article 36 de la loi du 6 avril 1995 met à charge des intermédiaires autorisés sur les marchés financiers réglementés, la cinquième concerne directement l'information précontractuelle à fournir à l'investisseur.

Ainsi, ces intermédiaires veilleront « à faire des démarches raisonnables pour fournir, dans un délai raisonnable, au client qu'ils conseillent, dans une langue compréhensible, toute information qui lui permet de prendre une décision bien réfléchie et en connaissance de cause ».<sup>90</sup>

En matière de transactions sur instruments financiers admis à la négociation sur un marché réglementé, deux dispositions peuvent être signalées.

La première est la seconde sous-règle contenue au point 5° de l'article 36 de la loi du 6 avril 1995, et qui impose à l'intermédiaire d'être prêt à faire rapport au client, sur simple demande de sa part, de ses engagements vis-à-vis du client.

---

<sup>86</sup> Ainsi, dans son document « A Regime of Investor Protection – The Professional and Counterparty Regimes » publié en juillet 2002, le Committee of European Securities Regulators (CESR) prône une application des règles de conduite s'imposant aux intermédiaires financiers fournissant des services d'investissement en fonction du caractère professionnel ou non de l'investisseur. A ce titre, le CESR considère comme investisseurs professionnels les « grandes entreprises », c'est-à-dire les entreprises rencontrant au moins deux des trois critères suivants : total du bilan supérieur à 20 millions d'euros, un chiffre d'affaire net supérieur à 40 millions d'euros ou des fonds propres supérieurs à 2 millions d'euros.

<sup>87</sup> Gent, 10 février 1999, R.D.C., 2000, p.735 et obs. J.P. Buyle et M. Delierneux.

<sup>88</sup> voy. not. en matière d'opérations de change à terme sur devises, Comm. Nivelles, 26 septembre 1996, R.D.C., 1997, p.789 et obs. J.P. Buyle et M. Delierneux. Plus généralement, « l'information du client sur la nature des risques attachés à certains investissements ou à une politique d'investissement relève également du devoir de conseil à l'égard du client » (M. Flamée, Th. Tilquin, La gestion de fortune et le conseil en placements, rev. banque, 1991, p.561, n°65).

<sup>89</sup> voy. par ex., Anvers 16 septembre 1997, R.D.C., 1998, p.843 et obs. J.P. Buyle et M. Delierneux : Gand, 10 octobre 2003, RABG, 2005/4, p.285 et note S. Delaey "L'obligation de conseiller étant de moyens, sa responsabilité ne doit être retenue qu'avec une extrême circonspection, tant les décisions ou conseils de ce type sont aléatoires" (Comm. Bruxelles, 9 septembre 2003, R.D.C., 2005, p.187 et obs. J.P. Buyle et M. Delierneux).

<sup>90</sup> Voir L. Cornelis et J. Peeters, "Gedrageregels van bemiddelaars bij transacties in financiële instrumenten, getoetst aan het aansprakelijkheidsrecht", in *Financieel recht tussen oud en nieuw*, Antwerpen, Maklu, 1996, pp. 643-644, n° 19-20. Les auteurs rappellent à juste titre que l'obligation s'applique tant aux transactions réalisées sur un marché réglementé qu'aux transactions réalisées hors marché.

Cette obligation n'est pas seulement précontractuelle, mais a vocation à s'appliquer aussi pendant et après l'exécution du contrat.<sup>91</sup>

La seconde est l'obligation de l'intermédiaire en instruments financiers d'établir un bordereau après chaque opération sur instruments financiers, en principe le jour ouvrable suivant, dans le secteur bancaire ou boursier celui de l'exécution de la transaction ou de la confirmation de celle-ci si elle a été effectuée à l'étranger (art. 38, al. 3 de la loi du 6 avril 1995).

## **CHAPITRE II – LE DEVOIR DE VIGILANCE.**

### **Section 1. PRINCIPES**

**12. Définitions** - En tant que professionnel, le banquier doit chercher à se protéger. L'exercice de l'activité bancaire n'est pas sans risques. Les opérations bancaires sont parfois effectuées au détriment d'un client de la banque, de l'établissement de crédit et même des tiers. Ces risques justifient que le banquier ait une mission de contrôle des opérations qu'il exécute à la demande de ses clients. Tel est l'objet du devoir de vigilance. C'est une obligation de surveillance et de prudence.

Une série de devoirs obligent le banquier à s'enquérir d'initiative de certaines informations : vérification en matière d'ouverture de comptes, vérification de la situation financière du crédité, vérification en matière de transactions sur instruments financiers...

En pratique, le devoir de vigilance, de se renseigner, de vérifier et d'investiguer se recouvrent. Le devoir de vigilance est le principe duquel découlent ces autres devoirs.

Le devoir de vigilance peut se définir comme le devoir pour le banquier de surveiller les intérêts dont il a la charge, qu'il s'agisse de ceux de ses clients ou de ceux des tiers. Il désigne l'obligation pour le banquier de découvrir, 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 ou pour un tiers de la réalisation de cette opération.<sup>92</sup>

Lorsque le banquier décèle une anomalie apparente, il doit tout mettre en œuvre pour qu'aucun préjudice ne soit subi, ni par son cocontractant ni par les tiers. Dans certains cas, le banquier doit procéder à des investigations supplémentaires (obligation de se renseigner ou d'investigation) pour réagir adéquatement à une situation spécifique.

Une réaction adéquate peut consister en un refus d'exécuter l'opération. A cet égard, une simple information ou un conseil peut suffire. A défaut d'une telle initiative, la banque peut engager sa responsabilité.

---

<sup>91</sup> L. Cornelis et J. Peeters, *o.c.*, n° 21, p. 645.

<sup>92</sup> F. Boucard, *Les obligations d'information et de conseil du banquier*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2002, p. 119 ; F. Boucard, « Les devoirs généraux du banquier », *Juris Classeur, Commercial*, fasc. 343, 2003, n°1.

Si le banquier ne découvre pas d'anomalie apparente, il ne peut engager sa responsabilité, sauf dérogation légale. Si l'anomalie n'est pas apparente, le banquier ne peut être tenu responsable du dommage qui s'est produit. La victime en supportera les conséquences.<sup>93</sup>

**13. Fondement et limites** - Les obligations du banquier au titre du devoir de vigilance résultent de la jurisprudence et des textes qui prévoient des obligations ponctuelles, comme celles de vérifier, au moment de l'ouverture d'un compte, l'identité du client (articles 4 et 5 de la loi du 11 janvier 1993 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux et du financement du terrorisme), de consulter la Centrale des crédits préalablement à la conclusion de crédits à la consommation ou hypothécaire à un particulier (article 9 de la loi du 10 août 2001 relative à la Centrale des crédits aux particuliers), de se renseigner sur l'expérience et les objectifs de placement du client (article 36 de la loi du 6 avril 1995 relative au statut des entreprises d'investissement et à leur contrôle, aux intermédiaires et conseillers en placements) ou de choisir ses sous-traitants avec prudence et vigilance en accordant une attention particulière au maintien de la continuité des activités (circulaire CBFA du 22 juin 2004 sur les saines pratiques de gestion en matière de sous-traitance par des établissements de crédit et des entreprises d'investissement).

Le devoir de vigilance peut résulter aussi de recommandations formulées par l'autorité de contrôle. Ainsi, une banque qui recourt à un réseau d'agents indépendants, se doit d'assurer une surveillance vigilante des intermédiaires commerciaux qu'elle mandate<sup>94</sup>. Le cadre de cette obligation peut se retrouver dans les recommandations édictées par la CBFA<sup>95</sup>, celles-ci étant considérées comme des normes de bon comportement, dont la violation peut être considérée comme fautive<sup>96</sup>.

Généralement, le devoir de vigilance trouve sa justification dans la position privilégiée du banquier, intermédiaire entre son client et les tiers, par exemple, en matière de moyens de paiement<sup>97</sup> ou en matière de crédits.<sup>98</sup>

Le banquier se trouve encore privilégié par les informations confidentielles qu'il a pu obtenir dans l'exercice de son activité bancaire et surtout celles auxquelles il a accès par l'intermédiaire des fichiers tenus par la Banque nationale de Belgique, dont la plupart sont réservées aux établissements de crédits.<sup>99</sup>

Mais c'est surtout le risque inhérent à l'activité bancaire qui est la base du devoir de

---

<sup>93</sup> Ibidem.

<sup>94</sup> Liège, 26 mai 2003, R.D.C., 2005, p.195 et obs. J.P. Buyle et M. Delierneux.

<sup>95</sup> Particulièrement, la circulaire B93/5 du 21 octobre 1993 concernant les agents délégués ; cons. J.Ph. Ducart, les apparences bancaires peuvent être trompeuses, D.C.C.R., 1997, p.173.

<sup>96</sup> Cons. p. ex. Liège, 26 septembre 1996, R.D.C., 1997, p.739 et obs. J.P. Buyle et M. Delierneux.

<sup>97</sup> Les tiers sont les émetteurs ou les destinataires des moyens de paiement.

<sup>98</sup> Les tiers peuvent être les créanciers, l'assureur, le garant, le bénéficiaire d'un effet endossé par la banque.

<sup>99</sup> La Banque nationale de Belgique centralise les informations relatives aux risques de crédit que les établissements de crédit lui communiquent en vertu de l'article 91 de la loi du 22 mars 1993 relative au statut et au contrôle des établissements de crédit. Les informations relatives aux entreprises sont centralisées dans une Centrale des crédits aux entreprises (CCE) qui s'adresse essentiellement aux banques afin qu'elles puissent évaluer les risques qu'elles encourent lorsqu'elles accordent des crédits aux indépendants et aux sociétés.

prudence. Certaines opérations, de crédit ou de caisse, contiennent de risques importants pour les tiers. La notion de risque est intimement liée au devoir de surveillance : le risque constitue non seulement la base de cette obligation mais aussi sa limite. En effet, dans la mesure où le devoir est limité aux seules anomalies apparentes, la responsabilité de la banque ne peut être retenue pour un dommage qui résulte d'une anomalie cachée. Dans cette dernière hypothèse, la victime supporte seule le dommage subi.

Le principe de non immixtion, en ce qu'il désigne l'interdiction faite au banquier de s'ingérer dans les affaires de son client ou des tiers avec lesquels il se trouve en relation, constitue un obstacle à la connaissance de la banque.

Cette interdiction est contraire à l'obligation, qui est parfois imposée aux banques, de se renseigner pour informer. Il existe donc un conflit entre le principe de non ingérence et les obligations d'informer assorties d'une obligation de se renseigner.

Pour fonder son immixtion ponctuelle dans les affaires de son client (ou dans celles d'un tiers), le banquier peut invoquer le devoir de vigilance auquel il est tenu. Inversement, la banque à qui l'on fait grief de manquer à son devoir de vigilance essaiera de faire valoir qu'elle ne pouvait effectuer les vérifications litigieuses, car celles-ci se heurtaient au devoir de non-ingérence. La question est donc de savoir dans quelle mesure le banquier peut invoquer un principe pour échapper à l'autre. En d'autres termes, comment faut-il trancher le conflit entre devoir de vigilance et principe de non immixtion ?

Pour pouvoir y répondre, il faut distinguer les deux étapes du devoir de vigilance.<sup>100</sup>

Dans un premier temps, la banque doit découvrir les anomalies apparentes que présentent les opérations qu'on lui demande de traiter.

Dans un second temps, si une de ces opérations présente une anomalie apparente, la banque sera amenée à déployer tous les moyens pour éviter la réalisation d'un dommage.

Les vérifications effectuées au cours de la première phase, celles de la recherche des anomalies apparentes, ne risquent pas de former obstacle au principe de non-immixtion. En effet, ces vérifications sont limitées à ce qui est apparent, ce qui implique que ce qui est visible aux yeux de chacun n'est pas couvert par le principe de non-ingérence.

En conséquence, le banquier peut se baser sur le principe de non-ingérence pour soutenir qu'il ne devait pas déceler une anomalie mais uniquement si cette anomalie n'était pas apparente.

Pendant la seconde phase, celle qui suit la découverte d'une anomalie apparente, la banque doit vérifier si cette anomalie n'est qu'apparente ou si, au contraire, elle est bien réelle, auquel cas, elle doit mettre tout en œuvre pour éviter la réalisation du dommage qui pourrait résulter de la réalisation de l'opération en cause.

Le décèlement d'une anomalie apparente justifie la remise en cause du devoir de non immixtion, car interdire à la banque de s'ingérer dans les affaires de son client ou du tiers

---

<sup>100</sup> F. Boucard, *Les obligations d'information et de conseil du banquier*, op.cit., 150 e.s.

pour contrôler la régularité de l'opération, reviendrait à la priver de tout moyen d'investigation. La banque serait alors tenue de refuser toutes les opérations apparemment anormales, y compris celles dont l'anormalité n'est qu'apparente et qui, en réalité, ne sont pas susceptibles de causer un dommage.

A l'inverse, en traitant une opération dont elle n'a pas la possibilité de connaître les risques, la banque risque de causer un dommage à autrui.

Par conséquent, la levée de l'interdiction de s'immiscer dans les affaires d'autrui est justifiée par l'importance du contrôle auquel le banquier est tenu, en cas d'opération apparemment anormale.

## **Section 2 : APPLICATIONS**

**14. Le banquier détenteur de comptes<sup>101</sup> - L'obligation d'identification et de vérification d'identité** - La loi du 11 janvier 1993 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux et du financement du terrorisme<sup>102</sup> impose aux personnes et aux organismes qu'elle vise une obligation générale d'identification de l'identité du client personne morale au moyen d'un document probant au moment où ils nouent des relations d'affaires qui feront d'eux des clients habituels.

La loi prévoit également une obligation d'identification dans d'autres situations, qu'elles concernent des opérations occasionnelles ou l'un des autres cas particuliers visés, dans lesquels ceux-ci doivent être identifiés ainsi que des obligations quant aux documents probants qu'il convient d'utiliser à cette fin (articles 4, § 1 et 5, § 1 de la loi)<sup>103</sup>. La loi précise également les autres informations à recueillir concernant les activités du client, la finalité de la relation d'affaires et, le cas échéant, l'origine des fonds, lorsque le client répond à la qualification de personne politiquement exposée ou dans le cadre de l'établissement d'une relation de gestion de fortune.<sup>104</sup>

Lorsqu'un doute existe quant à savoir si la personne agit pour son propre compte ou de certitude qu'elle n'agit pas pour son propre compte, les banques sont tenues de prendre les mesures utiles en vue d'obtenir des informations sur l'identité réelle des personnes pour le compte desquelles elle agit. L'obligation d'identification est, en ce cas, une obligation de moyen.

La vérification de l'identité, du domicile ou du siège social du candidat à l'ouverture de

---

<sup>101</sup> J.-P. Buyle et O. Creplet, *La responsabilité bancaire*, Kluwer, 2002, p. 52.

<sup>102</sup> Cette loi a été modifiée par la loi du 12 janvier 2004 (*M.b.* 23 janvier 2004), en vue de transposer en droit belge la seconde directive européenne en matière de prévention du blanchiment (Directive 2001/97/CE du 4 décembre 2001), et de prendre en compte la révision des 40 recommandations du GAFI adoptée en juin 2003 (ainsi que 8 recommandations spéciales relatives au financement du terrorisme).

<sup>103</sup> Commet une faute la banque qui ne vérifie pas l'identité d'une personne qui présente à l'encaissement un chèque dont le montant atteint ou excède 10.000 eur et ce en violation de l'article 4 de la loi du 11 janvier 2003 (Bruxelles, 30 janvier 2003, R.D.C., 2005, p.145 et obs. J.P. Buyle et M. Delierneux).

<sup>104</sup> S. de Brouwer, « Loi du 12 janvier 2004 modifiant la loi du 11 janvier 1993 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins de blanchiment de capitaux », *Forum financier*, 2004, p. 118.

compte est obligatoire.<sup>105</sup> L'obligation de vérification de la capacité et du pouvoir du client est controversée.<sup>106</sup> Quand le compte comporte plusieurs titulaires, l'identité de chaque postulant doit être contrôlée.<sup>107</sup>

Le banquier a l'obligation de vérifier l'exactitude des données qui lui sont soumises à l'aide de tous les moyens possibles. Selon la Cour d'appel de Bruxelles, le banquier ne peut se limiter à enregistrer de manière passive les données qui lui sont soumises.<sup>108</sup>

En l'espèce, un compte avait été ouvert par un administrateur de la société titulaire du compte qui n'avait pas le pouvoir, en cette qualité, d'engager la société (seul l'administrateur délégué avait la signature sociale). Il avait néanmoins déclaré, dans le formulaire qui devait être rempli, qu'il représentait valablement la société. La banque tentait de justifier son comportement en invoquant qu'on ne lui avait communiqué que deux des trois pages de l'extrait des *Annexes au Moniteur belge* et que la promesse de transmettre la troisième page n'avait pas été respectée. La Cour retient néanmoins la responsabilité de la banque au sens de l'article 1382 du Code civil, dans la mesure où la banque, après avoir négligé de se faire produire des pièces justificatives élémentaires lors de l'ouverture du compte, avait laissé par la suite exécuter des opérations sans demander la pièce qui faisait défaut à l'origine mais qui lui avait été promise.

La loi du 11 janvier 1993 prévoit l'obligation de faire copie des pièces d'identification, au moyen d'un document probant. La seule transcription des références du document présenté par le client est insuffisante.<sup>109</sup>

Le banquier ne doit, en principe, pas s'assurer de la profession, de la moralité, de l'honorabilité ou de la solvabilité du postulant, car il n'en a pas les moyens et il ne s'agit pas d'éléments stables dans la vie des individus.<sup>110</sup>

Les dispositions légales et les modalités d'application adoptées par la CBFA déterminent les mesures d'identification à prendre.<sup>111</sup>

---

<sup>105</sup> Si certains ont pu, par le passé, fonder cette obligation sur les usages bancaires (M. De Juglart, B. Ipolito, *Traité de droit commercial*, t.7, Banques et bourses, 3<sup>e</sup> éd., p.164, n°151), la règle est aujourd'hui consacrée par la loi du 11 janvier 1993 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins de blanchiment de capitaux (art.4).

<sup>106</sup> Certains estiment que cette vérification est obligatoire (M. VASSEUR, *Droit et économie bancaires*, fasc.I, 4<sup>e</sup> éd., p. 94). D'autres estiment que non en l'absence d'indices graves et concordants laissant présumer une irrégularité décelable par un employé de diligence moyenne (TGI Paris, 10 sept. 1997, *Banque et droit*, 1998, n°57, p. 41).

<sup>107</sup> Cass. fr. (comm.), 24 mars 1992, *Banque*, 1992, p. 646 et obs. J.L. Rives-Lange.

<sup>108</sup> Bruxelles, 7 novembre 1999, *R.P.S.*, 2000, p. 346.

<sup>109</sup> Pour un commentaire, cons. J.P. Buyle, "Quelles seront les conséquences de la mise en œuvre du projet de loi étendant le dispositif anti-blanchiment aux professions non financières", in Dossier fiscal n°5 : secret bancaire, fraude fiscale, entraide internationale et blanchiment, Editions et séminaires, L. De Hemptinne, 1998, p. 183.

<sup>110</sup> Comm. Bruxelles, 5 septembre 1997, *R.D.C.*, 1998, p.784 et note J.P. Buyle et M. Delierneux ; F. Grua, "Responsabilités d'ordre général, in Jurisclasseur banque et crédit, fasc. 33501, n° 50 et jurisprudence citée.

<sup>111</sup> Règlement de la CBFA du 27 juillet 2004 relatif à la prévention du blanchiment des capitaux et du financement du terrorisme, approuvé par A.R. du 8 octobre 2004, *M.b.*, 22 novembre 2004 ; Circulaire de la CBFA du 22 novembre 2004 (PPB 2004/8 et D. 250) relative aux devoirs de diligence au sujet de la clientèle et à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins de blanchiment de capitaux et de financement du terrorisme.

**15. Suite - L'obligation de vigilance** - Après l'ouverture du compte, la mission de surveillance du banquier consiste exclusivement à vérifier la régularité du fonctionnement du compte ouvert dans ses livres (articles 4, § 2 et 8 de la loi du 11 janvier 1993), sans qu'il soit autorisé à s'immiscer dans les opérations traitées.

La Cour d'appel de Bruxelles a décidé qu'en l'absence de dispositions légales et conventionnelles, le banquier n'est pas tenu à un devoir de surveillance et d'ingérence dans la gestion de comptes de ses clients entreprises, d'autant plus que les sociétés en question connaissaient parfaitement le mécanisme des affaires.<sup>112</sup>

Par ailleurs, si d'une manière générale, il n'appartient pas au banquier d'exercer un pouvoir de tutelle, qui ne saurait être le propre d'un dépositaire de fonds, il doit cependant suffisamment connaître son client et être attentif au fonctionnement du compte, pour éviter de se voir reprocher de ne pas avoir détecté en temps utile une opération de blanchiment d'argent.<sup>113</sup>

Cette obligation de vigilance implique aussi une actualisation des données d'identification dans un délai déterminé en fonction du risque, lorsqu'il s'avère que les informations ne sont plus à jour. Il consiste en une surveillance de première et seconde ligne, la première étant exercé par les préposés directement avec les clients, la seconde ligne étant prévue par un système de surveillance adéquat.

**16. Le banquier dispensateur de crédit<sup>114</sup> - Les principes** - Le banquier qui accorde un crédit doit faire attention à ne pas permettre à une personne d'entreprendre une activité ou de réaliser une opération déraisonnable. Il doit éviter de créer ou de contribuer à créer une apparence de prospérité trompeuse à son client en lui octroyant un crédit qu'il ne mérite pas. Le banquier ne peut pas aider une personne à continuer des activités irrémédiablement déficitaires en maintenant indûment son concours.

Pour ce faire, le banquier a un devoir de vigilance qui consiste en une obligation d'investigation qui varie en fonction de la nature et de l'importance du crédit et de la taille (et donc des moyens) du banquier.<sup>115</sup> Son obligation de surveillance dépend en outre de la personnalité du crédit, de la nature de l'entreprise, de l'étendue des risques courus, et de l'évolution des affaires du crédit.<sup>116</sup>

Le banquier n'assume cependant qu'une obligation de moyen en ce qui concerne la récolte des informations auprès du contractant potentiel. Si le dispensateur de crédit doit vérifier, dans une certaine mesure, les données que le client lui communique, il doit faire confiance en la justesse des données, informations et pièces qui lui sont remises par celui-ci. Il n'est

---

<sup>112</sup> Bruxelles, 10 septembre 1987, *R.D.C.*, 1989, p. 67.

<sup>113</sup> J.P. Buyle, A. Willems, "La responsabilité professionnelle des banquiers dans l'établissement et l'utilisation des documents", *Rev. Droit U.L.B.*, 1992/2, p.148.

<sup>114</sup> J.-P. Buyle et O. Creplet, *La responsabilité bancaire*, Kluwer, 2002, p. 69.

<sup>115</sup> Comm. Bruxelles, 12 septembre 2000, *R.D.C.*, 2001, p. 787, note J.-P. Buyle et M. Delierneux ; C.S.J. Luxembourg, 23 mai 2001, *D.A.O.R.*, 2003/66, p. 62.

<sup>116</sup> Mons, 20 septembre 1999, *J.L.M.B.*, p. 1688.

pas tenu de faire des investigations supplémentaires à ce propos qui porteraient atteinte à la vie privée de l'emprunteur. Seul le crédit est responsable des réticences dolosives concernant les informations remises au moment de la conclusion du contrat.<sup>117</sup>

L'examen de la situation financière du crédit précédant l'octroi du crédit doit être effectué même si le banquier, par les garanties consenties, a la certitude qu'il sera remboursé.

L'obligation de vérification doit être maintenue pendant toute la durée du crédit<sup>118</sup> et, de la même façon qu'elle peut obliger le banquier à refuser le crédit, elle peut le conduire à devoir le dénoncer.

Le client quant à lui ne peut pas forcer le banquier à restructurer le crédit. Il n'existe aucune obligation dans le chef du banquier de restructurer un crédit, lorsque ce crédit était adapté aux besoins du client au moment de son octroi<sup>119</sup>.

Le devoir de vérification est généralement invoqué par les tiers, souvent les créanciers du crédit, qui font grief au banquier de ne pas avoir procédé à l'examen de la situation financière du crédit ou de ne pas avoir, alors qu'il avait effectué un tel examen, refusé le crédit, et d'avoir ainsi contribué à l'accroissement du passif de la société en lui permettant de poursuivre des activités déficitaires, ou encore d'avoir créé une apparence de solvabilité dans le chef du crédit qui les ont incité à contracter avec lui.

Si la faute est établie, le dommage et le lien de causalité entre cette faute et ce dommage sont souvent difficiles à établir.

A cet égard, le dommage invoqué est souvent l'accroissement du passif intervenu depuis le crédit, ou le montant impayé de la créance du co-contractant ayant conclu sur base de l'apparence de solvabilité créée par le crédit.

Le demandeur doit démontrer que cet accroissement de passif ne se serait pas produit tel qu'il se s'est réalisé *in concreto* si le crédit avait été refusé ou dénoncé.

De même, le dommage pourrait être en partie dû à une négligence du ou des créanciers du crédit, auquel cas un partage de responsabilités peut être prononcé.

Ainsi, la jurisprudence admet généralement que commet une faute le créancier qui contracte en se fiant à l'existence du crédit sans procéder lui-même à un examen de la situation financière de son co-contractant.

Un autre tiers qui pourrait invoquer à son profit la violation de cette obligation est la caution, qui reprochera au banquier d'avoir accepté le crédit alors que la situation financière du crédit ne l'autorisait pas.

---

<sup>117</sup> Liège, 29 juin 2001, *J.T.*, 2001, p. 864 ; Civ. Charleroi, 8 juin 2000, *R.D.C.*, 2001, p. 781, note J.-P. Buyle et M. Delierneux ; J.P. Renaix, 26 septembre 2000, *D.A.O.R.*, 2001/58, p. 179, *D.C.C.R.*, 2001, p. 283, *J.J.P.*, 2002, p. 126 ; J.P. Gand, 28 mars 2001, *D.A.O.R.*, 2001/58, p. 184 *contra* et à tort Bruxelles, 29 juin 2001, *A.J.T.*, 2001-2002, p. 373.

<sup>118</sup> Comm. Bruxelles (réf), 26 sept. 1988, *J.T.*, 1988, p. 657 ; Bruxelles, 10 septembre 1987, *R.D.C.*, 1989, p. 75 ; Bruxelles, 25 janv. 1990, *R.D.C.*, 1992, p. 71.

<sup>119</sup> Comm.Bruxelles, 8 novembre 2002, *R.D.C.*, 2004, p. 169, obs. J.P. Buyle et M. Delierneux.

Bien entendu, la caution ne saurait s'engager à la légère sans commettre elle-même de faute, et le banquier peut démontrer qu'elle est en tout ou en partie responsable, par exemple parce qu'elle n'a elle-même procédé à aucune vérification sur la situation financière de la personne qu'elle s'engageait à garantir.

Plus récemment, cette obligation de vérification a fait son entrée dans les rapports entre banquier et crédit, et quelques décisions ont accepté le principe que le crédit lui-même fasse grief à sa banque de lui avoir octroyé un crédit.

Dans ce cas, il convient d'analyser correctement la portée du consentement du crédit, partie au contrat de crédit, sur la responsabilité de la banque.

Le consentement de la victime ne constitue pas, en règle, une cause d'exonération de la responsabilité.<sup>120</sup>

Au regard des circonstances, ce consentement pourrait toutefois être interprété comme une renonciation du crédit à engager la responsabilité civile de la banque pour octroi de crédit à la légère, ce qui suppose encore que pareille renonciation soit valable.

**17. Suite - Obligation de s'informer sur le client<sup>121</sup>** - Le banquier qui octroie un crédit est tenu, préalablement à l'octroi de celui-ci, de procéder à l'examen de la situation personnelle comme financière du crédit<sup>122</sup> et, le cas échéant, de refuser le crédit.<sup>123</sup>

Le banquier doit examiner si la capacité de l'entreprise cliente paraît suffisante pour mener son projet à bien.<sup>124</sup> Le banquier qui n'a pas examiné la solvabilité du client avant l'octroi du crédit peut engager sa responsabilité.<sup>125</sup>

Parfois, la demande de crédit n'est pas faite directement à l'établissement de crédit mais par le biais d'un intermédiaire de crédit. Dans cette hypothèse, le banquier ne doit pas revérifier les informations que l'intermédiaire de crédit lui a transmises. La vérification des informations facilement contrôlables, fait partie de la mission de l'intermédiaire de crédit, qui a une obligation de résultat à cet égard.<sup>126</sup>

Si cet intermédiaire prétend avoir été victime de la communication de fausses pièces, il ne peut échapper à sa responsabilité qu'en prouvant l'existence de ces faux et en démontrant

---

<sup>120</sup> Voir cependant Comm. Hasselt, 15 déc. 1998, *R.D.C.*, 1999, p. 721 et s., et note J.-P. Buyle et M. Delierneux.

<sup>121</sup> Voir D. Blommaert, O. Poelmans, « Chronique de jurisprudence en droit bancaire », *D.A.O.R.*, 2003/66, p. 90 e.s.

<sup>122</sup> Le devoir de contrôle du banquier doit s'entendre dans des limites raisonnables mais peut consister en une expertise comptable des livres du client (Comm. Bruxelles (réf.), 26 sept. 1988, *J.T.*, 1988, p. 657 ; Civ. Liège, 14 décembre 1994, *R.D.C.*, 1995, p. 1038).

<sup>123</sup> Cons. Civ. Bruxelles, 20 sept. 1985, *J.T.*, 1986, p. 10 ; Bruxelles, 18 mars 1980, *Rev. Banq.*, 1980, p. 589.

<sup>124</sup> Comm. Bruxelles, 12 septembre 2000, *R.D.C.*, 2001, p. 787, note J.-P. Buyle et M. Delierneux.

<sup>125</sup> J.P. Gand, 31 août 1998, *T.G.R.*, 2001, 2001, p. 34.

<sup>126</sup> Anvers, 18 décembre 2000, *R.D.C.*, 2001, p. 529 et p. 799, note J.-P. Buyle et M. Delierneux ; *R.W.*, 2001-2002, p. 1324 ; Comm. Liège, 17 octobre 2001, *J.L.M.B.*, 2002, p. 247 ; Comm. Mons, 28 février 2002, *D.A.O.R.*, 2002/63, p. 261.

que leur présentation était suffisamment habile pour ne pas éveiller les soupçons.<sup>127</sup>

Le banquier ne commet aucun manquement lorsqu'il se fie à un document remis par un notaire qui lui garantissait une inscription de son hypothèque en premier rang.<sup>128</sup>

**18. Suite - Obligation de s'informer sur le projet<sup>129</sup>** - Outre l'examen de la solvabilité de l'emprunteur, il convient, le cas échéant, de tenir compte de l'usage auquel le crédit peut être destiné.<sup>130</sup> A cet égard, le tribunal de commerce de Bruxelles, rappelle que, préalablement à l'octroi du crédit, le dispensateur de crédit est tenu de vérifier le réalisme et la rentabilité du projet de son client pour lequel le crédit est sollicité.<sup>131</sup>

Le banquier doit être particulièrement prudent lorsqu'il s'avère que le crédit est destiné à rembourser un autre crédit existant<sup>132</sup> et que rien ne permet de croire que la situation s'améliorera.<sup>133</sup> Le prêteur peut être amené à demander au client un plan de redressement ou de sauvetage avant l'octroi du crédit.<sup>134</sup>

Le dispensateur de crédit doit éviter d'accorder de manière inconsidérée des crédits et prolonger artificiellement la vie de l'entreprise en difficulté. Le banquier peut engager sa responsabilité en cas d'octroi d'un crédit lorsqu'au moment de l'octroi de crédit, ou du nouveau crédit, la situation du client était irrémédiablement compromise.<sup>135</sup>

Mais en application du principe de non-immixtion du banquier dans les affaires de son client, il ne peut s'ingérer dans ces affaires et ne peut de ce fait pas apprécier l'opportunité des crédits qu'il consent, ni être tenu responsable du mauvais usage qui en est fait.<sup>136</sup>

Une application intéressante du principe de non-immixtion du banquier a été retenue par la Cour de cassation de France dans un litige où il était reproché à un banquier d'avoir financé les projets de deux entreprises concurrentes, dès lors que celui-ci ne pouvait ignorer que la création de la deuxième mettait en danger la viabilité de la première. La Cour déboute le plaignant en précisant que « *un établissement de crédit n'a pas en sa qualité de prêteur ou de garant à s'immiscer dans les affaires de son client, ne commet pas de faute du seul fait de l'octroi d'un concours à une entreprise concurrente* ». <sup>137</sup>

---

<sup>127</sup> Comm. Mons, 28 février 2002, *D.A.O.R.*, 2002/63, p. 261.

<sup>128</sup> Bruxelles, 3 octobre 2000, *Rev. not.*, 2001, p. 237.

<sup>129</sup> Voir O. Poelmans, « Chronique de jurisprudence en droit bancaire », *D.A.O.R.*, 2003/66, p. 90 e.s. et A. Bruyneel et E. Van den Haute, « Chronique de droit bancaire privé : Les opérations de banque (2000 et 2001) », *Forum Financier/Droit bancaire et financier*, 2003/1, p. 50.

<sup>130</sup> Bruxelles, 29 juin 2001, *A.J.T.*, 2001-2002, p. 373.

<sup>131</sup> Comm. Bruxelles, 12 septembre 2000, *R.D.C.*, 2001, p. 787.

<sup>132</sup> J.P. Gand, 30 octobre 2000, *T.G.R.*, 2001, p. 88.

<sup>133</sup> Bruxelles, 29 juin 2001, *A.J.T.*, 2001-2002, p. 373.

<sup>134</sup> *Ibidem*.

<sup>135</sup> C.S.J. Luxembourg, 14 mars 2001, *Codex*, 2001/5, p. 138 ; C.S.J. Luxembourg, 20 mars 2002, *D.A.O.R.*, 2002/64, p. 479, note D. Blommaert et O. Poelmans ; Civ. Anvers, 28 novembre 2000, *R.W.*, 2001-2002, p. 1072.

<sup>136</sup> C.S.J. Luxembourg, 5 avril 2001, *Codex*, 6/2001, p.178 et C.S.J. Luxembourg, 23 mai 2001, *D.A.O.R.*, 2003/66, p. 62. En matière d'environnement, cons. J.P. Buyle, La responsabilité du banquier, dispensateur de crédit, en matière d'environnement, *Aménagement – Environnement*, Kluwer, 2004, numéro spécial, n°165.

<sup>137</sup> Cass. fr., 19 novembre 2002, *R.T.D.com*, 2003, p. 150.

L'octroi d'un crédit à une entreprise en difficulté n'est pas nécessairement toujours fautif. Si le dispensateur de crédit a uniquement pris des risques, en accordant de l'aide à une entreprise fragile, mais non dépourvue de rentabilité, il n'y a pas de manquement dans son chef. Il en va de même pour un crédit octroyé dans le cadre d'un plan de redressement général<sup>138</sup> ou pour un crédit temporaire octroyé afin de ne pas compromettre des pourparlers engagés par l'entreprise avec de nouveaux investisseurs dans le cadre d'une restructuration<sup>139</sup>.

Le banquier doit procéder en principe lui-même aux analyses de ces données, sans pouvoir se décharger de cette obligation sur un tiers, même si la demande de crédit lui parvient par un intermédiaire, sauf s'il s'agit lui-même d'un intermédiaire de crédit (cf. supra n°17).<sup>140</sup>

Si le banquier a mandaté un expert pour faire une analyse de la situation financière du client, il commet une faute en se fiant aveuglement aux conclusions manifestement inexactement remises par celui-ci.<sup>141</sup> Si, par contre, un examen comptable est mené sur la situation financière du demandeur de crédit par un bureau comptable dont la responsabilité est à premier vue irréprochable et si sur la base de cette analyse, qui prévoyait un résultat positif, un crédit est octroyé, on ne peut faire des reproches à la banque s'il s'avère a posteriori que l'examen n'était pas assez approfondi et que le crédit ne pouvait plus être remboursé. Il incombe en premier lieu au crédit d'analyser de manière critique les données, de sorte qu'une banque ne doit pas refaire le travail face à un rapport à première vue sérieux<sup>142</sup>. La banque ne peut pas être tenue responsable sur la base d'une analyse économique erronée dans le chef du crédit<sup>143</sup>.

Le banquier ne peut pas se fonder principalement sur les sûretés qui lui sont accordées afin d'octroyer un crédit. Ces garanties ne doivent avoir qu'un caractère accessoire. Ces obligations incombent au banquier indépendamment du type de crédit octroyé et le type de garantie demandée.<sup>144</sup>

La Cour d'appel de Liège a nuancé à juste titre ce dernier principe<sup>145</sup>. Dans un arrêt du 29 juin 2001, la Cour a estimé qu'une banque pouvait accorder un crédit à un jeune sans expérience qui ne pouvait faire aucun apport personnel, en se basant essentiellement sur les différentes sûretés qui lui avaient été fournies, notamment par des membres de la famille de l'emprunteur. Lorsque le crédit est une P.M.E. qui souhaite commencer une nouvelle activité, il est en effet inévitable que les sûretés (notamment personnelles) offertes aient une importance cruciale pour l'octroi du crédit.

Outre les obligations de surveillance et de s'informer, le banquier a une obligation d'investigation qui porte sur la licéité du crédit, dès lors qu'il ne peut apporter son concours à une activité illicite.<sup>146</sup>

---

<sup>138</sup> C.S.J. Luxembourg, 20 mars 2002, *D.A.O.R.*, 2002/64, p. 479, note D. Blommaert et O. Poelmans.

<sup>139</sup> Comm. Brugge, 6 novembre 1996, *R.D.C.*, 1997, p.769 et obs. J.P. Buyle et M. Delierneux.

<sup>140</sup> Anvers, 18 décembre 2000, *R.D.C.*, 2001, p. 529 et p. 799, note J.-P. Buyle et M. Delierneux.

<sup>141</sup> Bruxelles, 29 juin 2001, *A.J.T.*, 2001-2002, p. 373.

<sup>142</sup> Civ. Liège, 14 décembre 1994, *R.D.C.*, 1995, p.1038.

<sup>143</sup> Gent, 17 septembre 1998, *T.R.V.*, 1999, p.188.

<sup>144</sup> Comm. Bruxelles, 12 septembre 2000, *R.D.C.*, 2001, p. 787, et note J.-P. Buyle et M. Delierneux.

<sup>145</sup> Liège, 29 juin 2001, *J.T.*, 2001, p. 864.

<sup>146</sup> Comm. Bruxelles, 12 septembre 2000, *R.D.C.*, 2001, p. 787 ; sur cette question, voir aussi : Commission bancaire et financière, *Rapport annuel 1996*, p. 34 ; P. Van Ommeslaghe, « La responsabilité du banquier

Des obligations particulières de vérification existent aussi en matière de crédit documentaire et de garantie à première demande, où les banques sont tenues à des devoirs de vigilance accrus (respect strict des délais de présentation de documents, vérification de la conformité des documents présentés, vérification de la régularité de la forme d'un appel à garantie...) <sup>147</sup>.

**19. Le banquier intermédiaire en instruments financiers**<sup>148</sup> - L'article 36 de la loi du 6 avril 1995 relative aux marchés secondaires, au statut des entreprises d'investissement et à leur contrôle, aux intermédiaires et conseillers en placements édicte une série de règles de conduite à charge des intermédiaires habilités à opérer sur les marchés financiers réglementés<sup>149</sup> et au respect desquelles ils doivent veiller "*dans leurs opérations sur instruments financiers*".<sup>150</sup>

Une de ces règles, la quatrième, consacre en droit belge la règle anglo-saxonne du « *know your client* », imposant à l'intermédiaire de « *recueillir d'une manière appropriée auprès des clients qu'ils conseillent, toute information utile concernant la situation financière de leurs clients, leur expérience en matière d'investissement et leurs objectifs de placement qui raisonnablement sont significatifs pour pouvoir réaliser au mieux leurs engagements vis-à-vis de leurs clients en ce qui concerne les services demandés* ». <sup>151</sup>

---

dispensateur de crédits en droit belge », *Rev. Banque*, 1979, p. 5 e.s. ; J. Cattaruzza, « La banque et l'entreprise en difficultés », *Act. Dr.*, 1997, p. 601-604.

<sup>147</sup> Cf. par ex. en matière de crédit documentaire : Bruxelles, 10 décembre 1996, R.D.C. 1997, p.772 et obs. J.P. Buyle et M. Delierneux ; Bruxelles, 8 mai 2000, R.D.C., 2001, p.802, obs., J.P. Buyle et M. Delierneux. En matière de garantie à première demande : Comm. Bruxelles, 21 novembre 1997, R.D.C., 1998, p.850 et obs. J.P. Buyle et M. Delierneux ; Liège, 24 septembre 1999, R.D.C., 2000, p.734 et obs. J.P. Buyle et M. Delierneux ; Comm. Bruxelles, 11 décembre 2001, R.D.C., 2003, p.57 et obs. J.P. Buyle et M. Delierneux.

<sup>148</sup> J.-P. Buyle et O. Creplet, *La responsabilité bancaire*, Kluwer, 2002, p. 70.

<sup>149</sup> Les établissements de crédit de droit belge inscrits comme tels sur la liste de la Commission bancaire, financière et des assurances font partie des intermédiaires autorisés, au sens de l'article 2, §1<sup>er</sup> de la loi du 6 avril 1995, à la négociation des titres cotés sur un marché réglementé. Il en va de même des succursales d'établissements de crédit relevant du droit d'un autre Etat membre de la Communauté européenne, et des établissements de crédit relevant du droit d'un de ces Etats et qui exercent des activités en Belgique sous le régime de la libre prestation de services. Par contre, ne sont pas visées par l'article 36, et ce bien qu'il s'agisse d'entreprises d'investissement, les sociétés de courtage en instruments financiers. A fortiori, les conseillers en placements qui ne sont pas des entreprises d'investissement, ne sont pas visés par cette disposition. Pour un examen du champ d'application, *ratione materiae*, de l'article 36, voir L. Cornelis et J. Peeters, *op.cit.*, p.627-630. Notons qu'alors que le texte néerlandais oblige les intermédiaires au respect des règles de conduite "*bij transacties in financiële instrumenten*", le texte français parle d'"opérations sur instruments financiers", ce qui semble plus large. Quoiqu'il en soit, à partir du texte néerlandais, les auteurs précités concluent que l'investisseur ne peut se prévaloir de la protection de l'article 36, dès lors que la transaction demandée n'est pas réalisée, ou lorsque l'intermédiaire se limite à fournir un simple avis ou à des activités de courtage. Cons. aussi M. Fyon, "Les obligations déontologiques des intermédiaires financiers au regard des règlements de marché", *Rev. banq.*, 6/1997, p. 400.

<sup>150</sup> Pour un commentaire complet et critique de cette disposition, voir : L. Cornelis et J. Peeters, "Gedragregels van bemiddelaars bij transacties in financiële instrumenten, getoetst aan het aansprakelijkheidrecht", in *Financieel recht tussen oud en nieuw*, Antwerpen, Maklu, 1996, p.621 et s.

<sup>151</sup> Pour une analyse détaillée de cette obligation, et de ses rapports avec le droit commun de la responsabilité, voir L. Cornelis et J. Peeters, *op.cit.*, p.636-642, pour deux exemples d'application, "anticipée" de cette règle, cons. Liège, 16 janv. 1997, R.D.C., 1999, p.22 et note J.-P. Buyle et M. Delierneux et l'affaire *Confederation Life* citée et commentée in J.-P. Buyle et O. Creplet, *La responsabilité bancaire*, Kluwer, 2001, Livre 22, vol. 1, p.21, note I.

La Cour d'appel de Liège a précisé cette obligation. Elle a jugé que ce n'est pas parce que le client était au courant des mécanismes et transmettait des ordres similaires pour des clients fortunés que l'intermédiaire financier devait accepter, sans autre contrôle ou information, les ordres qu'il souhaitait transmettre pour lui-même. L'intermédiaire financier pouvait se forger une image de la situation exacte du client, un étudiant sans beaucoup de revenus professionnels et encore dépendant de ses parents à qui il ne voulait pas avouer ses dettes actuelles. Etant donné qu'aucune couverture n'avait été demandée, l'intermédiaire financier ne s'était pas formé une image exacte des risques auxquels il s'exposait.<sup>152</sup>

L'article 26 de la loi du 2 août 2002<sup>153</sup> relative à la surveillance du secteur financier et aux services financiers reprend cette obligation et l'a adaptée pour se conformer à la nouvelle directive sur les marchés financiers (MIF).<sup>154</sup>

Selon le *littera* 2° de l'article 26, les intermédiaires doivent s'informer au sujet de « l'expérience de leurs clients en matière d'opérations sur les instruments financiers concernés, de leurs objectifs, de leur situation financière et des restrictions auxquelles ils pourraient être soumis pour leurs opérations sur instruments financiers ».

Dans la chronologie pré-contractuelle et contractuelle, l'intermédiaire financier, sera donc tenu, avant toute autre chose, de se renseigner sur la situation du client et des objectifs de ce dernier. Il s'agit de se renseigner 'sur', avant d'informer 'le' client. Cette obligation est la condition nécessaire de l'obligation d'information générale au profit du client prévu au *littera* 3° de l'article 26.

Le texte de l'article 26 de la loi du 2 août 2002 est en outre plus large que celui de l'article 36 de la loi du 6 avril 1995, puisque l'obligation similaire que ce dernier annonce ne s'applique qu'à l'égard des clients que les intermédiaires « conseillent ». <sup>155</sup>

Il s'agit en fait d'une obligation d'information passive : l'intermédiaire doit s'informer lui-même sur la situation, l'expérience et les objectifs du client.<sup>156</sup> Il ne s'agit pas encore de l'obligation d'information active prévu au *littera* 3° de l'article 26. Il ne peut s'agir bien sûr, *a fortiori*, d'une obligation de conseil active vis-à-vis du client, et l'obligation d'information passive pour l'intermédiaire lui-même, n'est pas nécessairement le fondement d'une telle obligation de conseil à l'égard du client, dont on sait qu'elle est une forme d'obligation d'information renforcée. En se basant sur la doctrine française qui est éclairante, Monsieur Feron soutient que l'on peut parler d'une obligation d'« *information spéciale et personnalisée* », que l'on peut qualifier de - ou qui pourrait plus précisément déboucher

---

<sup>152</sup> Liège (7<sup>e</sup> ch.), 16 janvier 1997, *J.L.M.B.*, 1997, p. 1204 ; *R.D.C.*, 1997, p. 331 ; *R.D.C.*, 1999, p. 22, note J.-P. Buyle et M. Delierneux.

<sup>153</sup> Cet article 26 n'est pas encore entré en vigueur.

<sup>154</sup> Directive 2004/39/CE du Parlement européen et du Conseil, du 21 avril 2004, concernant les marchés d'instruments financiers, modifiant les directives 85/611/CEE et 93/6/CEE du Conseil et la directive 2000/12/CE du Parlement européen et du Conseil et abrogeant la directive 93/22/CEE du Conseil, *J.O.*, n°L 145 du 30/04/2004 p.0001-0044. Cette directive doit être transposée au plus tard le 30 avril 2006.

<sup>155</sup> Cette précision est d'importance puisque la jurisprudence en a déduit qu'à défaut de conseil, l'obligation en question n'était pas applicable : cf. *Comm. Mons*, 22 février 2001, *R.D.C.*, 2003, p. 63 e.s. ; *Comm. Bruxelles*, 2 avril 1999, *R.D.C.*, 2000, p. 743. On relèvera que dans le cas d'un contrat de conseil en placements rémunéré, cette obligation de connaissance du client s'impose également en vertu de l'arrêté royal du 5 août 1991.

<sup>156</sup> J. Romain, « La responsabilité des intermédiaires financiers », in *Traité pratique de droit commercial*, Kluwer, t. 5, titre 3, p.18, n° 1021.

sur<sup>157</sup> – un « *devoir d'alerte ou de mise en garde* »<sup>158</sup>. Dans ses travaux, le CESR a aussi fait un certain nombre de précisions intéressantes au sujet de cette obligation, qui montrent le degré de raffinement dont on peut faire preuve dans l'analyse de l'objet précis de cette obligation.<sup>159</sup>

Relevons enfin qu'en matière de transactions ponctuelles sur instruments financiers, le banquier est tenu à certains devoirs de vigilance : vérification de l'authenticité des ordres reçus du client<sup>160</sup> ou de la devise de l'ordre donné<sup>161</sup>, vérification lors de la présentation de titre ou de coupon s'il ne s'agit pas d'un titre perdu ou volé frappé d'opposition et obligation de le retenir et de surseoir à sa négociation ou à son paiement<sup>162</sup>.

### **CHAPITRE III - LE DEVOIR DE DISCRETION**<sup>163</sup>

**20. Définition et fondement** - Le devoir de discrétion est l'obligation pour le banquier de garder le secret, tant sur les opérations traitées avec son client que sur les renseignements donnés par celui-ci en vue de leur réalisation<sup>164</sup>.

Le banquier peut aussi être tenu à une obligation légale de se taire à l'égard de son client lui-même. Ainsi, la loi du 11 janvier 1993 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux et du financement du terrorisme interdit au banquier de porter à la connaissance du client concerné ou de personnes tierces que des informations ont été transmises à la CTIF ou qu'une information du chef de blanchiment de capitaux est en cours (article 19).

Dans son ouvrage consacré au secret professionnel du banquier, Robert Henrion parle tour à tour de "*secret bancaire coutumier*", de "*discrétion coutumière*", de "*l'ancienneté de cette tradition et son respect constant*" pour conclure "*qu'il existe une condition contractuelle sous-entendue à raison d'une longue tradition*".<sup>165</sup>

---

<sup>157</sup> En effet, on se trouve encore au stade de l'obligation d'information passive : l'intermédiaire doit s'informer lui-même. Ce n'est qu'après, logiquement, étant pleinement éclairé sur la situation et les objectifs du client, qu'il devra mettre en garde ce dernier, le cas échéant, et l'informer plus précisément en fonction des circonstances.

<sup>158</sup> B. Feron, « Les règles de conduite applicables aux intermédiaires financiers », in revue droit bancaire et financier, 2003/II-III, p.85.

<sup>159</sup> J. Romain, « La responsabilité des intermédiaires financiers », in *Traité pratique de droit commercial*, Kluwer, t. 5, titre 3, n° 1021, p. 18 et 19 et note 1, p. 19.

<sup>160</sup> Cass., 27 septembre 1990, rev. banque 1992, p.37 et note J.F. Romain, rendu en matière d'ordre de paiement.

<sup>161</sup> Trib. Arr. Luxembourg, 19 décembre 2001, in D. Blommaert et O. Poelmans, chronique de jurisprudence en droit bancaire, DAOR, 2003, n°66, p.116.

<sup>162</sup> A. Deome, O. Poelmans, La dépossession involontaire des titres au porteur, la loi du 24 juillet 1921 comme modifiée par la loi du 22 juillet 1991, rev. banque, 1992/5, p.257 ; J.P. Buyle, O. Creplet, les conditions générales de banque, les opérations sur instruments financiers, in les conditions générales de banque, Cahiers de l'AEDBF-Belgium, Tome 17, en cours de publication, n° 40 et svtes.

<sup>163</sup> Ce chapitre reprend partiellement en la réactualisant l'article publié par J.P. Buyle, le secret professionnel du banquier à l'égard de l'assureur, rev. dr. ULB, 2000-1, p.111.

<sup>164</sup> J. Van Ryn, J. Heenen, Principes de droit commercial, T. III, p.290, n°2049.

<sup>165</sup> R. Henrion, Le secret professionnel du banquier, U.L.B., Institut de sociologie, 1963, p.27, 31, 40 et 41.

En d'autres termes, en raison de la nature des informations qu'ils sont appelés à recueillir de leurs clients pour l'exercice des missions qui leur sont confiées, les banquiers sont débiteurs d'une obligation contractuelle de discrétion.

La seule explication contractuelle comme fondement à l'obligation de discrétion, également citée par d'autres auteurs<sup>166</sup>, ne nous satisfait pas.

Les établissements de crédit sont, en effet, tenus à un devoir de discrétion sur des faits concernant des personnes qui ne sont pas nécessairement des clients.

Un premier exemple peut être trouvé dans les faits confidentiels confiés dans une phase précontractuelle qui ne débouche pas sur un contrat (crédit à la consommation, crédit hypothécaire, carte de crédit...).

Un autre exemple peut être donné à l'égard d'une personne qui présente un chèque à l'encaissement et qui n'est pas client de la banque du tireur. Si le tireur demande à sa banque le nom du présentateur, l'établissement de crédit devrait refuser de répondre dans tous les cas où le chèque est au porteur et où le présentateur n'est pas le premier bénéficiaire dans l'hypothèse où le chèque est à personne dénommée<sup>167</sup>.

Il est aussi difficile de justifier le secret par le seul fondement contractuel, alors que l'obligation de discrétion persiste après la disparition des rapports contractuels avec le client<sup>168</sup>.

Ce constat a amené certains auteurs à envisager comme fondement au devoir de discrétion, outre l'obligation contractuelle, la responsabilité aquilienne<sup>169</sup>.

Nous pensons avec d'autres<sup>170</sup> que c'est l'usage qui a consacré, dans le chef du banquier, l'obligation de discrétion au sujet des opérations dont il est chargé. On se retrouve en présence "*d'un usage de la profession qui lui-même trouve sa source dans la coutume de notre société*".<sup>171</sup>

Certains auteurs préfèrent l'idée que l'obligation serait imposée par un principe général du

---

<sup>166</sup> H.R. Depret, L. Declerck, *Le secret bancaire*, Quorum éditions, 1991, p. 10.

<sup>167</sup> Ch. Winandy, "La vie privée et le patrimoine, les rapports entre la vie privée et les informations utilisées en la matière de crédit et de prêt à tempérament", *Ann. dr. Louvain*, 1984, p.99 ; P. De Vroede, *Le chèque*, éditions interbancaires, p.100, Agneessens, "Analyse juridique du secret professionnel des banques en droit belge", *Rev. banque*, 1963, p.369. "Le verso d'un chèque comporte des indications confidentielles telles que la domiciliation bancaire ou le numéro du compte du bénéficiaire, qui n'ont pas vocation à être portées à la connaissance d'un tiers" (C.A. Nancy, 1<sup>ere</sup> chambre du 23 avril 1998, sur renvoi de la Cour de cassation, ch. com. du 13 juin 1995, rectifiée le 4 juillet 1995, *banque et Droit*, n°61, septembre-octobre 1998, p.38 ; *Rev. droit bancaire et de la bourse*, n°68 ; juillet-août 1998, p.142). Cass. F. Com. 9 juillet 2003, *Banque et Droit*, n°93, janvier-février 2004, p.54 et obs. Th. Bonneau ; Cass. com. F., 9 juin 2004, *Banque et Droit*, n°97, septembre-octobre 2004, p.82.

<sup>168</sup> L'obligation de discrétion persiste après la disparition des relations contractuelles (Paris, 6 février 1975, D. 1975, p.318, obs. J. Veizian).

<sup>169</sup> J. Veizian, *La responsabilité du banquier en droit privé français*, 1977, p.239 ; J. Van Ryn, J. Heenen, *Principes de droit commercial*, T. IV, n°418.

<sup>170</sup> *Novelles, droit bancaire*, T. III, livre XIII, *Discrétion professionnelle*, p.531, n°1 ; J. Van Ryn, J. Heenen, *op. cit.*, T. III, p.290, n°2049 ; A. Willems, J.P. Buyle, "Les usages en droit bancaire", *DAOR*, 1990/17, p.90.

<sup>171</sup> J. Pardon, "Le droit des normes professionnelles et techniques", *Commission droit et vie des affaires*, 1983, p.16 et s.

droit<sup>172</sup>.

Si la jurisprudence a consacré à plusieurs reprises le devoir de discrétion du banquier, elle ne s'est pas souvent interrogée sur son fondement. Les tribunaux considèrent toutefois ce devoir professionnel comme une "*obligation impérieuse*"<sup>173</sup>.

**21. L'objet** – Le devoir de discrétion ne concerne que les informations confidentielles confiées, surprises ou apprises à l'occasion des opérations, ou sur les opérations elles-mêmes ainsi que sur la situation des comptes<sup>174</sup>.

Les informations confidentielles doivent présenter un caractère suffisamment précis (par exemple, le montant ou le mouvement en compte) et de nature à porter atteinte au secret des affaires ou au secret de la vie privée ou des fortunes.

Ainsi, la jurisprudence dispense le banquier d'aviser la caution de l'évolution de l'ouverture de crédit consenti au débiteur principal<sup>175</sup>. "*Tenu à la discrétion professionnelle, le banquier ne peut, en cours de contrat, sans engager sa responsabilité, révéler à la caution les détails et les circonstances des opérations conclues jusqu'à un moment déterminé avec le crédit, notamment le solde du compte courant où les opérations de crédit sont comptabilisées*".<sup>176</sup>

Sont aussi considérées comme des informations couvertes par le secret professionnel :

- le versement périodique fait par un client à une tierce personne et la nature des relations du client avec ce tiers<sup>177</sup> ;
- l'identité de la personne à laquelle le titulaire d'un compte a pu donner procuration<sup>178</sup> ;
- les informations données en matière d'escompte-fournisseur sur la situation financière du tiré à l'égard du tireur<sup>179</sup> ;
- les informations que le banquier tiré possède sur la situation du compte du tireur d'un chèque<sup>180</sup> ;
- les renseignements concernant les comptes d'un client<sup>181</sup>, qu'ils soient d'espèces ou de titres, créditeurs ou débiteurs.

---

<sup>172</sup> F. Grua, Contrats bancaires, Tome I, Economica, 1990, p.22, n°17.

<sup>173</sup> Trib. Trav. Charleroi, 26 janvier 1987, rev. droit social, 1987, p.136 et s.

<sup>174</sup> R. Henrion, Le secret professionnel du banquier, op. cit., p.55.

<sup>175</sup> En matière de crédit à la consommation, cons. toutefois les obligations d'information du prêteur à l'égard des sûretés personnelles prévues aux articles 34 et suivants de la loi du 12 juin 1991.

<sup>176</sup> Mons, 17 mars 1989, inédit, R.G., 8007 ; dans le même sens, Comm. Bruxelles, 28 mars 2000 (15<sup>e</sup> chambre), inédit, R.G. 3608 ; Comp. Bruxelles, 20 février 2001, R.W., 2002-2003, p.383 et note R. Steennot.

<sup>177</sup> Th. Samin, Le secret bancaire, AFB diffusion n°9 et s.

<sup>178</sup> CA Rouen, 1<sup>er</sup> ch. civ., 4 décembre 1996, Juris-Data, n°0565586.

<sup>179</sup> Bruxelles, 25 janvier 1990, R.D.C., 1992, p.71.

<sup>180</sup> Bruxelles, 18 mai 1998, R.D.C., 1999, p.699 et obs. J.P. Buyle et M. Delierneux.

<sup>181</sup> CA Paris, 17 octobre 1931, Gaz. Pal. 12 décembre 1931, CA Paris, 6 février 1998, Rev. de droit bancaire et de la bourse, n°69, septembre-octobre 1998, p.175.

Dans une affaire récemment jugée, un banquier avait transmis par erreur à un tiers des informations sur la situation financière d'un de ses clients. Au lieu de transmettre au reviseur chargé de contrôler les comptes annuels d'une entreprise des informations concernant un compte rubriqué ouvert conjointement par cette entreprise et l'un des clients de la banque (par ailleurs lui-même reviseur d'entreprise), l'établissement de crédit avait transmis par erreur d'autres informations confidentielles sur les avoirs de son client (soldes des comptes privés et professionnels, financements et crédits octroyés, situation de tous les autres comptes clients, dépôts...). Le tribunal a estimé à bon droit que le banquier avait violé son devoir de discrétion professionnelle<sup>182</sup>.

Par contre, la divulgation par une banque de l'état civil – plus précisément de l'adresse du domicile- d'un client a été jugée comme ne constituant pas une information confidentielle, mais étant de notoriété publique<sup>183</sup>.

Des informations données au client sur des faits pouvant le concerner ne constituent pas non plus, en principe, une violation à cette obligation<sup>184 185</sup>.

Demeurent aussi en dehors du secret, les indications d'ordre général formulées en termes mesurés et tenant compte essentiellement de considérations objectives.

Le banquier doit-il conserver le silence sur le fait que telle personne fait partie de sa clientèle ?

Certains auteurs répondent négativement à cette question<sup>186</sup> estimant que si le client considère que le fait même de ses relations bancaires est couvert par le secret, il ouvrira un compte numéroté en sorte que seules une ou deux personnes dans la banque connaissent ses noms et adresses.

Il nous semble que la réponse à cette question doit être aujourd'hui plus nuancée et on comprendra mieux la portée de l'enjeu de cette problématique en l'illustrant par un cas d'espèce soumis à l'appréciation des juridictions luxembourgeoises.

Les faits étaient les suivants :

---

<sup>182</sup> Civ. Bruxelles, 25 février 2000, R.D.C., 2001, p.860 et obs. J.P. Buyle et M. Delierneux.

<sup>183</sup> CA Paris, 6 février 1998, Rev. de droit bancaire et de la bourse, n°69, septembre-octobre 1998, p.175.

<sup>184</sup> Il a ainsi été jugé que le fait pour un banquier d'informer un client de la réquisition qui lui est faite, par la police judiciaire, de lui communiquer des pièces relatives à des opérations le concernant, et de son contenu, dans le cadre d'une information ouverte contre X, ne peut s'analyser comme une confiance du client couverte par le secret professionnel. La banque n'étant pas un acteur de la procédure d'instruction et ne concourant pas à cette procédure, la violation du secret de l'instruction n'était pas non plus établi (Correct. de Tarbes, 7 octobre 1997, Banque et Droit, n°58, mars-avril 1998, p.39).

<sup>185</sup> Il peut cependant exister des obligations légales de discrétion à l'égard du client concerné ou des tiers. Ainsi, l'article 19 de la loi du 11 janvier 1993 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins de blanchiment de capitaux interdit au banquier de révéler au client concerné ou aux tiers (titulaire de procuration, bénéficiaire économique, avocat du client...) que des informations ont été transmises à la cellule de traitement des informations financières ou qu'une information du chef de blanchiment de capitaux est en cours.

<sup>186</sup> R. Henrion, Le secret professionnel du banquier, op. cit., p.60.

Monsieur X, de son vivant, transfère la totalité de ses avoirs, espèces et titres qu'il a à la Banque G vers la Banque C, à l'attention de Madame Y, employée de cette banque, au profit d'un compte anonyme "Wissel", ouvert au nom d'un tiers.

Monsieur X décède 5 ans plus tard.

Les héritiers réservataires de Monsieur X citent en justice la banque C pour savoir qui est le bénéficiaire du virement, à savoir le titulaire du compte anonyme.

Le tribunal d'arrondissement de Luxembourg<sup>187</sup> les déboute. Il rappelle d'abord que le secret bancaire n'est pas opposable au client et à ses héritiers réservataires mais que les héritiers ne peuvent pas avoir plus de droit que le de cujus lui-même.

Or, comme Monsieur X n'était pas client de la Banque C, le secret bancaire, relativement à ce compte Wissel dont X n'était pas le titulaire, est opposable au de cujus, qui est tiers par rapport à cette banque. Dès lors, le secret est par voie de ricochet aussi opposable à ses héritiers réservataires. Seul le client de la banque C, bénéficiaire du virement, pourrait délier sa banque de ce secret.

La Cour d'appel de Luxembourg<sup>188</sup> a confirmé cette décision en indiquant qu'une banque était tenue de respecter son secret bancaire vis-à-vis de son client, titulaire d'un compte, sans pouvoir divulguer à des tiers des renseignements sur le titulaire de ce compte.

**22. Les sanctions attachées à l'indiscrétion** – Le banquier qui viole son obligation de discrétion est susceptible d'engager sa responsabilité sur le plan civil. Ceci suppose la démonstration des éléments constitutifs habituels que sont la faute, le dommage et le lien de causalité<sup>189</sup>.

Dans une affaire jugée en France, un client reprochait à sa banque d'avoir violé le secret bancaire en révélant à un tiers, avec lequel il était en relation d'affaires, les difficultés qu'elle avait à joindre son client en vue de régularisation de sa situation.

La Cour d'appel de Paris a estimé qu'il s'agissait clairement d'une violation du secret bancaire même si la banque n'avait pas précisé le montant chiffré du solde débiteur de son client. Toutefois, en l'absence de préjudice financier, la Cour s'est contentée de relever qu'il s'agissait d'un simple préjudice moral, pour lequel aucune réparation n'était demandée<sup>190</sup>.

Pour donner naissance à un droit à réparation, le préjudice doit être certain et personnel. Il doit constituer la violation d'un intérêt légitime et ne pas avoir déjà été réparé<sup>191</sup>.

En matière de violation du devoir de discrétion, le préjudice peut être matériel et résulter

---

<sup>187</sup> Tribunal d'arrondissement de Luxembourg, 18 mai 2000, Bulletin Droit et Banque, n°31, p.16.

<sup>188</sup> Luxembourg, 13 mars 2002, Bulletin Banque et Droit, n°33, p.40.

<sup>189</sup> Pour un cas où le lien de causalité n'était pas établi : CA Rouen, 20 décembre 1995, Rev. droit bancaire et de la bourse, n°60, mars-avril, 1997, p.68.

<sup>190</sup> CA Paris, 24 septembre 1996, Rev. droit bancaire et de la bourse, n°60, mars-avril 1997, p.67.

<sup>191</sup> R.O. Dalcq, Traité de la responsabilité civile, Tome II, Le lien de causalité, le dommage et sa réparation, Bruxelles, Larcier, 1962, n°3432, p.453.

par exemple de l'usage irrégulier que le tiers aurait fait de l'information transmise irrégulièrement. Il est souvent moral. Sa réparation tend à soulager la douleur, la peine ou tout autre mal moral subi par le client<sup>192</sup>.

Ce dommage doit être certain et établi et ne pas être fondé que sur des simples hypothèses, auquel cas il n'est pas sujet à réparation<sup>193</sup>.

Le dommage moral peut résulter tant d'une atteinte à la vie privée du client que d'un trouble dans la relation de confiance nécessaire et légitime avec son banquier<sup>194</sup>.

Sur le plan pénal, par son arrêt du 25 octobre 1978, la Cour de Cassation a rappelé que l'article 458 du Code pénal ne pouvait s'étendre à ceux qui étaient seulement tenus d'un devoir de discrétion et a décidé que ni la nature des fonctions exercées par les banquiers ni aucune disposition légale ne conférait à ceux-ci la qualité de personnes tenues au secret professionnel au sens de l'article 458 du Code pénal<sup>195</sup>.

**23. Les exceptions et les dérogations** – Si le secret professionnel du banquier n'est pas opposable au client, à son représentant ou à son ayant cause universel<sup>196</sup>, il devrait être absolu à l'égard des tiers<sup>197</sup>, même si ceux-ci sont eux aussi tenus au secret.

Il existe cependant de plus en plus d'exceptions et de dérogations fondées soit sur le contrat soit sur la loi, soit sur les usages ou la coutume. La règle du secret professionnel doit aussi céder lorsqu'une nécessité l'impose ou lorsqu'une valeur jugée supérieure entre en conflit avec elle<sup>198</sup>.

#### *Dérogations conventionnelles :*

Le client est maître des secrets qu'il confie à son banquier. Il peut librement et valablement décider d'y renoncer et de lever le devoir de discrétion<sup>199</sup>, en invitant par exemple son banquier à délivrer des attestations, des copies de documents bancaires ou des extraits à des tiers.

---

<sup>192</sup> Civ. Bruxelles, 25 février 2000, loc. cit.

<sup>193</sup> Cons. not. R. Farhat, Le secret bancaire, étude de droit comparé, France Suisse, Liban, L.G.D.J., Paris, 1980, p.142.

<sup>194</sup> Civ. Bruxelles, 25 février 2000, loc. cit. ; Luxembourg 2 avril 2003, J.T., 2003, p.315, bulletin Droit et Banque, n°34, p.54.

<sup>195</sup> Cass., 25 novembre 1978, J.T., 1979, p.371 et note d'observations d'A. Bruyneel ; Cons., aussi Civ. Namur, 11 octobre 1988, Rev. rég. droit, 1989, p.204 ; Comm. Namur, 29 juin 1995, J.T., 1996, p.328 ; Comm. Hasselt, 17 avril 2000 et 26 mars 2001, R.D.C., 2001, p.837 et obs. J.P. Buyle et M. Delierneux.

<sup>196</sup> J. Van Ryn, J. Heenen, op. cit., T.III, p.290, n°2049 ; Les nouvelles, droit bancaire, V° discrétion professionnelle, n°30 à 35bis. "Le secret bancaire ne peut être opposé aux héritiers" (TGI Paris, 10 juillet 1991, Banque, 1991, p.1088).

<sup>197</sup> Il a, par exemple, été jugé que le secret bancaire était opposable aux organismes de sécurité sociale (CA Paris, 13 septembre 1996, Banque et Droit, n°51, janvier-février 1997, p.45). ou à la filiale d'une banque (Paris, 8 octobre 1988, D. 1982, I.R., p.124 et obs. Vasseur).

<sup>198</sup> Cour d'arbitrage, 3 mai 2000, J.L.M.B., 2002/20, p.868.

<sup>199</sup> R. Henrion, Le secret professionnel du banquier, op. cit., p.62 ; Ch. Gavalda, J. Stoufflet, Droit du crédit : les institutions, n°623. "Le secret professionnel du banquier étant de simple protection de son client, la Cour de Cassation (française) a admis, dans son arrêt du 11 avril 1995, que celui-ci puisse y renoncer de sorte que l'accord du client permet également au banquier de communiquer des informations normalement couvertes par le secret bancaire (obs. sous Cass. com. F., 10 décembre 2002, Banque & Droit, n°88, mars-avril 2003, p.58).

### Dérogations légales :

Les exceptions légales au devoir de discrétion sont trop nombreuses pour qu'il soit possible d'en faire ici le relevé et l'analyse. Relevons qu'elles sont de nature différente : fiscale, pénale, civile, administrative ...

### Dérogations fiscales<sup>200</sup>

### Dérogations pénales :

Par exemple, en cas de témoignage requis par un juge ou en cas de perquisition réalisée par un juge d'instruction<sup>201</sup> ;

### Dérogations civiles :

Il en est ainsi en matière de saisies-arrêts, de demandes d'informations lors de conflits entre époux (article 1253quinquies du code judiciaire) ou de règlement collectif de dettes (article 1675/8 du code judiciaire), en matière d'ouverture de compte par un conjoint (article 218 du code civil)...<sup>202</sup>

En ce qui concerne l'action "*ad exhibendum*", l'article 877 du Code judiciaire prévoit que "*lorsqu'il existe des présomptions graves, précises et concordantes de la détention par une partie ou par un tiers d'un document contenant la preuve d'un fait pertinent, le juge peut ordonner que ce document ou une copie de celui-ci certifiée conforme soit déposé au dossier de la procédure*"<sup>203</sup>.

Dans une espèce où cette action était exercée contre un banquier, une intéressante décision de jurisprudence a estimé que l'article 877 du Code judiciaire ne pouvait avoir pour effet de mettre en échec la règle du secret professionnel et que cette exception à l'action *ad exhibendum* devait s'étendre au cas où –sans être tenu au secret professionnel tel qu'il est caractérisé par la loi pénale- l'une des parties ou le tiers était tenu à l'obligation de discrétion<sup>204</sup>.

Dans une décision récente, le tribunal de commerce de Hasselt a aussi admis que le devoir de discrétion pouvait constituer un motif légitime de refus de donner suite à une demande de production de documents, l'appréciation en revenant, au premier chef, au tribunal<sup>205</sup>.

---

<sup>200</sup> Cons. not. : H.R. Depret, L. Declerck, Le secret bancaire, op. cit., p.11 et s. ; Ph. Malherbe, « Le secret bancaire en Belgique et en Europe », R.G.F., 1996/11, p.351 et s., 1996/12, p.397 et s. ; Ph. Malherbe, Le secret bancaire fiscal dans la société de l'information, note sous Cass. 10 octobre 2004, R.D.C., 2005, p.289.

<sup>201</sup> Pour un cas d'application en France, cons. Cass. crim., 27 avril 1994, Rev. droit bancaire et bourse, n°46, novembre-décembre 1994, p.258.

<sup>202</sup> Cf. not. H. Cassman, "Le mariage et le divorce : leurs conséquences sur la relation banque-client", in La banque dans la vie quotidienne, EJB, 1986, p.137 et s. et not. E. de Wilde d'Estmael, L'Intermédiaire financier et le droit familial et patrimonial, Créadif, 1991, p.15 et s.

<sup>203</sup> Sur l'article 877 du code judiciaire : en général, cons. A. Bruyneel, Observations sous Cass., 25 octobre 1978, J.T., 1979, p.376, n°16. Comp en France Th. Bonneau, "Communication des pièces et secret bancaire", Rev. de droit bancaire et de la bourse, n°49, mai-juin 1995, p.94.

<sup>204</sup> Comm. Bruxelles, 9<sup>e</sup> chambre, 12 mars 1973, Sprl Ets L. Van Muylders/ BBL, R.G. 552/71 et 7431/71.

<sup>205</sup> Comm. Hasselt, 17 avril 2000 et 26 mars 2001, R.D.C., 2001, p.837 et obs. J.P. Buyle et M. Delierneux. La jurisprudence française va dans le même sens cons. not. D. Chemla et E. Bouretz, Référé probatoire et secret

La production de documents ne doit être admise que dans la mesure où elle ne se heurte pas à d'autres règles comme celles relatives à la discrétion professionnelle mais aussi celles relatives au respect de la vie privée ou au secret des affaires<sup>206 207</sup>.

Par ailleurs, les dispositions du Code judiciaire ne suppriment pas l'existence des motifs supérieurs et généraux pouvant fonder un refus de production de documents. Le Code judiciaire prévoit lui-même la possibilité pour une partie ou un tiers de ne pas donner suite à un ordre de produire des documents.

L'article 878 du Code judiciaire prévoit, dans le cas où la demande de production s'adresse à un tiers, que ce tiers a la faculté de faire valoir ses observations par écrit ou en chambre du conseil.

Le commissaire royal, commentant cette disposition, expose que le tiers peut, en effet, avoir d'excellentes raisons personnelles de s'opposer à la production du document qu'il détient<sup>208</sup>.

D'autre part, l'article 882 du Code judiciaire admet, au moins implicitement, le refus de production, par une partie ou un tiers lorsque ce refus est justifié par *"un motif légitime"*. Seul le refus non justifié de *"se soumettre à la décision judiciaire doit être réprimé"*.<sup>209</sup>

Le secret des affaires et plus largement, le droit à l'intimité des entreprises économiques, figure assurément parmi les intérêts respectables dont la protection permet d'opposer un motif légitime de refus de produire certains documents.

La Cour d'appel de Bruxelles a ainsi refusé à une partie d'ordonner à une banque de produire des documents bancaires concernant une entreprise cliente parce que *"ce faisant, la Cour contraindrait inutilement la banque à violer son devoir de discrétion et à dévoiler des secrets d'affaires de sa cliente qui n'(était) pas à la cause"*<sup>210</sup>.

C'est en application de ces principes qu'ont, notamment, été élaborées les règles particulières qui gouvernent la production en justice des livres des commerçants.

Les articles 21 à 24 du code de commerce –reprenant des dispositions de tradition séculaire puisqu'elles remontent à l'ordonnance de 1673 sur les livres des commerçants– n'autorisent cette production que dans la sauvegarde des droits des parties intéressées.

---

bancaire : un secret bien gardé, Etat de la jurisprudence récente, rev. dr. bancaire et financier, n°3, mai-juin 2004, p.205 ; Cass. com. F. 25 février 2003, rev. dr. bancaire et financier, n°2, mars-avril 2003, p.92, Banque & Droit, n°89, mai-juin 2003, p.56.

<sup>206</sup> Pour un cas de violation du droit à la vie privée consacré par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales en matière de production de documents, cons. : Com. Paris, 20 septembre 1995, Banque et Droit, 1996/45, p.34.

<sup>207</sup> Sur le secret d'affaires, cons. J.P. Buyle, Le secret des affaires : du droit à l'intimité au secret professionnel ?, in Liber Amicorum Guy Horsmans, Bruylant 2004, p.93.

<sup>208</sup> Rapport Van Reepinghen, précédant le code judiciaire, p.213.

<sup>209</sup> Rapport Van Reepinghen, op. cit., p.214.

<sup>210</sup> Bruxelles, 9<sup>e</sup> chambre, 13 janvier 2005, inédit, 2002/AR/2103, confirmant sur ce point Comm. Bruxelles, 22 novembre 2001, J.L.M.B., 2003, p.980.

La communication ne peut être ordonnée que dans certains cas limitativement énumérés par la loi.

Pour le surplus, la production n'est possible que par représentation, soit la production des livres à l'audience- sans dessaisissement ni communication à la partie adverse- pour qu'ils soient consultés sur un point donné.

Ces garanties découlent de l'application particulière du principe général du respect du secret des affaires et démontrent que ce principe doit l'emporter sur la collaboration à l'administration de la preuve.

Les règles du Code judiciaire ne dérogent pas à ce principe consacré par les articles 21 à 24 du code de commerce.

#### *Déroptions administratives :*

Les établissements de crédit ne peuvent par exemple pas opposer leur secret à l'égard de l'autorité de contrôle, la Commission bancaire, financière et des assurances.

La loi du 11 janvier 1993 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins de blanchiment de capitaux a également instauré diverses obligations d'information, de dénonciation et de collaboration avec les autorités dans le chef des organismes financiers.

D'autres dérogations légales existent par exemple en matière d'embargo financier, d'entraide judiciaire internationale en matière pénale...<sup>211</sup>

#### *Déroptions fondées sur les usages ou la coutume.*

Si la doctrine s'accorde sur le principe de dérogations résultant des usages ou de la coutume, tous ne s'accordent pas sur le contenu des exceptions.

La seule dérogation fondée sur les usages ou la coutume commune à tous les auteurs est la matière des renseignements commerciaux<sup>212</sup>, à condition qu'il s'agisse d'informations générales.

Pour certains, *"l'usage suivant lequel des renseignements financiers peuvent être donnés sur les clients du banquier ne peut constituer qu'une dérogation à la règle du secret qui demeure essentielle tant sur le plan de la profession bancaire que celui des relations contractuelles"*.<sup>213</sup>

Il nous semble cependant que l'usage de fournir des renseignements sur la situation financière du client ne déroge pas totalement à la règle du secret, dans la mesure où il n'autorise nullement la communication de renseignements confidentiels.<sup>214</sup>

---

<sup>211</sup> Cf. not. F. Sweerts, Le secret bancaire, in Le secret professionnel, éd. La Charte, 2002, p.167.

<sup>212</sup> Cons. not. J.P. Buyle, A. Willems, "La responsabilité professionnelle des banquiers dans l'établissement et l'utilisation des documents", Rev. dr. U.L.B. 6/1992, p.168 et s.

<sup>213</sup> Paris, 6 février 1975, D.S., 1975, p.318 et note J. Veizian.

<sup>214</sup> M. Cabrillac, J.L. Rives-Lange, "Crédits et titres de crédits", R.T.D.C., 1975, p.345 et s., n°9.

En effet, s'il n'existe aucune objection à ce qu'une banque transmette des informations objectives publiées (bilans, protêts, jugements déclaratifs de faillite...) <sup>215</sup> ou émette des appréciations générales sur un secteur d'activité <sup>216</sup>, voire livre des appréciations générales sur une personne dénommée ("*l'opinion de la place*"), il est par contre exclu qu'une banque donne un avis fondé sur des éléments confidentiels connus en raison de ses relations professionnelles avec le client, tels que des renseignements sur les opérations traitées avec lui <sup>217</sup>.

En cas de doute, c'est le devoir de discrétion en tant qu'il est fondé sur des considérations d'intérêt social et de haute morale collective qui doit l'emporter <sup>218</sup>.

## **CHAPITRE IV – LE DEVOIR DE DILIGENCE**

**24. Définition et Fondement** - Le devoir de diligence pourrait se définir comme le devoir d'agir avec soin et célérité <sup>219</sup>. Il s'agit donc pour le banquier de faire preuve dans l'exercice de sa profession du même degré de compétence et de savoir-faire que l'on retrouve chez tout banquier exerçant dans des circonstances similaires. Il se doit également d'agir dans le respect des délais qui s'imposent à lui par la loi <sup>220</sup>, un contrat ou l'usage <sup>221</sup> et en l'absence de délai contraignant de ne pas tarder inutilement dans l'exécution de sa mission.

Ainsi le tribunal de commerce de Bruxelles a jugé qu'un agent de change ne pouvait tarder à remettre à son client une évaluation de titres déposés, alors que celui-ci la lui avait expressément demandée. En l'espèce, le retard à fournir cette évaluation, portant sur des titres « *dont la valeur était particulièrement difficile à trouver dans la presse spécialisée* » avait été préjudiciable au client qui n'avait pu prendre à temps une décision limitant sa perte. Le tribunal considère en l'espèce que l'agent, interpellé par son client sur la valeur des titres, est tenu de l'informer « *dans un délai raisonnable ne pouvant dépasser un mois* ». <sup>222</sup>

---

<sup>215</sup> Cf. par exemple CA Dijon, 20 avril 1995, Rev. droit bancaire et de la bourse, n°60, mars-avril 1997, p.68.

<sup>216</sup> "*Lorsqu'une banque fournit des renseignements, elle doit se montrer particulièrement prudente afin que des tiers ne les considèrent comme certains. Elle manque à son obligation de prudence lorsqu'elle ignore ou feint d'ignorer quel crédit s'attache aux informations qu'elle accepte de donner*" (Comm. Namur, 29 septembre 1988, J.L.M.B., 1990, p.23 et observations J.P. Buyle sur la fourniture de renseignements commerciaux). Sur la validité des clauses d'exonération de responsabilité, cons. not. Anvers, 2 mai 1995, R.W., 1996-1997, p.302.

<sup>217</sup> J. Van Ryn, J. Heenen, op. cit., T.III, p.423, n°2231.

<sup>218</sup> X. Dieux, Les intermédiaires commerciaux, E.J.B., 1990, p.309.

<sup>219</sup> Pour une autre acception de ce devoir, voyez la Circulaire PPB2004/8 et d. 250 de la Commission bancaire, financière et des assurances du 22 novembre 2004 relative aux devoirs de diligence au sujet de la clientèle et à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux et du financement du terrorisme. L'objectif de cette circulaire est de préciser les obligations d'identification, notamment à l'égard des personnes morales et des trusts, de déterminer leur structure de contrôle, de vérifier l'identité du client et du bénéficiaire effectif ainsi que de procéder à la vigilance nécessaire en cours de relation (cf. Supra n°14).

<sup>220</sup> Voyez notamment les articles 7 § 1<sup>er</sup>, al. 2 et § 2, al. 2 de la loi du 9 janvier 2000 relative aux virements transfrontaliers et les articles 3, 4 al. 4 et 29 de la loi du 1<sup>er</sup> mars 1961 concernant l'introduction dans la législation nationale de la loi uniforme sur le chèque et sa mise en vigueur.

<sup>221</sup> « *Les chèques impayés non-rejetés par la banque tirée dans les délais habituels sont considérés comme payés* » (Cass. fr. 2 octobre 1978, Dalloz-Sirey, 1979, p. 349 note Vasseur).

<sup>222</sup> Comm.Bruxelles 7 février 1995, R.D.C., 1996, p. 80.

Ce devoir peut trouver sa source en matière contractuelle dans les articles 1134, al. 3 et 1135 du Code civil et en matière extra-contractuelle dans les articles 1382<sup>223</sup> ou 1383 du Code civil.

Il s'agit d'une obligation de moyen sauf convention contraire entre les parties. Un manquement au devoir de diligence ne peut donc s'apprécier que par comparaison au comportement qu'aurait adopté un professionnel de sa catégorie, normalement prudent et diligent, placé dans les mêmes circonstances et à la même époque.

Cette appréciation peut constituer un exercice particulièrement difficile en pratique notamment en matière de gestion de fortune ou de conseil en placements. Le gestionnaire ou le conseiller ne pourrait être tenu à une obligation de résultat quant à la performance d'un portefeuille qui reste conditionnée par « *les aléas boursiers indépendants de la diligence du gestionnaire, tels que l'évolution de la conjoncture économique et des marchés financiers* »<sup>224</sup>.

Une certaine marge d'erreur doit leur être concédée, une mauvaise évaluation des risques ne constituant pas à elle seule une faute<sup>225</sup>. Une extrême circonspection s'impose donc au juge « *tant les décisions ou conseils de ce type sont aléatoires, ce qu'aucun client n'est censé ignorer* »<sup>226</sup>. Ainsi, il est communément admis que le simple fait que le portefeuille du client ait subi une moins-value n'est pas constitutif de faute<sup>227</sup>.

**25. L'exécution des ordres**<sup>228</sup> – La jurisprudence a eu l'occasion de s'intéresser à l'exécution des ordres de bourse et à la diligence que l'on peut attendre de l'intermédiaire en ce cas<sup>229</sup>.

Il a été jugé, ainsi, qu'un ordre au cours qui ne mentionne pas de délai d'exécution doit être exécuté immédiatement, en tout cas dès que le compte du client est provisionné, en l'espèce via l'exécution préalable d'un ordre de vente.<sup>230</sup>

---

<sup>223</sup> Pour n'avoir pas exécuté un ordre de virement comme il y était stipulé, mais au contraire pour avoir donné confirmation tant au donneur d'ordre intéressé que cet ordre de virement serait bien exécuté comme y stipulé, le banquier commet une faute consistant en la méconnaissance de son obligation de diligence au sens de l'art. 1382 C.civ. nonobstant l'existence d'une convention de filtrage, le caractère abstrait du virement, l'absence de mauvaise foi ou l'organisation interne du banquier (Anvers 29 octobre 1996, Dr. banc.fin., 2001, 46 note Troch, K, Lanoye, L.)

<sup>224</sup> B. Feron, N. DE Crombrughe, « La responsabilité du gestionnaire de fortune. Etat de la question au regard du droit belge, du droit français et du droit luxembourgeois » in *Actualités du droit des affaires*, Vanham & Vanham, 2003, p. 261 et suiv.

<sup>225</sup> Comm. Bruxelles 30 septembre 2004, RG 03030/0210E, inédit.

<sup>226</sup> M. Flamée et Tilquin, « La gestion de fortune et le conseil en placement, Rev. Banque, 1991, p. 582.

<sup>227</sup> En matière de gestion de fortune cons. Comm. Bruxelles, 2 février 1995, R.D.C., 1996 ; en matière de conseil en placements cons. Bruxelles, 12 octobre 2001, J.L.M.B., 2002, p. 1036. « *La preuve d'une faute n'est rapportée par le simple fait que les plus values réalisées sont très inférieures à l'évolution de l'indice CAC 40* » (TGI Paris 27 octobre 2000 et CA Aix en Provence 2001, Banque et Droit, 2001, n° 79, p. 31).

<sup>228</sup> J.P. Buyle, O. Creplet, Les opérations sur instruments financiers, in Les conditions générales bancaires, cahier de l'AEDBF-Belgium, Bruylant, Tome 17, n° 37 (à paraître).

<sup>229</sup> Voyez notamment Bruxelles, 3 novembre 1992, R.D.C., 1993, p. 1065, obs. J.-P. Buyle et X. Thunis. Pour débouter le client qui soutenait que l'ordre n'avait pas été exécuté conformément à ses instructions, la Cour s'est notamment fondée sur le fait que l'ordre écrit ne contenait aucune des instructions particulières qu'il prétendait avoir données.

<sup>230</sup> Comm. Bruxelles, 14 novembre 1990, R.D.C., 1992, p. 65. En l'espèce, l'établissement financier soutenait avoir légitimement pu attendre que les fonds issus de la vente soient comptabilisés sur le compte de son client avant d'exécuter les ordres d'achat, en application d'une clause de son règlement général l'autorisant à

Dans un intéressant arrêt du 30 juin 2003<sup>231</sup>, la Cour d'appel de Bruxelles a explicité les devoirs que l'on peut attendre de l'intermédiaire financier dans le cadre de l'exécution d'un ordre boursier portant sur les instruments financiers admis à la négociation sur différents marchés.

L'affaire concernait deux ordres de vente verbaux à cours limité portant sur des actions russes. Les ordres avaient été transmis par la banque à son correspondant américain, lequel ne l'avait pas exécuté, la limite n'ayant pas été atteinte à la bourse de New York.

Soulignant qu'il avait insisté pour une exécution rapide de son ordre, ce que l'établissement de crédit ne contestait pas, l'investisseur prétendit que celui-ci aurait dû être exécuté sur la bourse de Londres ou de Francfort, qui étaient toujours ouvertes au moment de la passation de l'ordre et sur lesquelles le cours plancher était atteint.

La Cour d'appel a considéré que l'établissement de crédit avait commis une faute en adressant l'ordre aux Etats-Unis et condamné celui-ci à indemniser son client, à concurrence de la différence entre le prix d'achat originaire des actions en question et le cours limite, multiplié par le nombre des actions. Elle a appliqué l'intérêt au taux légal sur ce montant, à dater de l'ordre de vente en raison des opportunités de réinvestissement manquées.

L'arrêt est d'autant plus remarquable qu'il se fonde sur le droit commun du contrat de commission, et non sur la règle technique de la « *best execution* » qui figure au nombre des règles de conduite légalement imposées aux intermédiaires financiers.

Certains auteurs sont cependant d'avis que les règles de conduite ne font que particulariser le standard de bon comportement que l'on peut attendre du commissionnaire en matière d'exécution d'ordres boursiers, sans rien ajouter au droit commun de la responsabilité.<sup>232</sup>  
<sup>233</sup>

---

n'exécuter un ordre d'achat couplé à un ordre de vente qu'après exécution de dernier. La comptabilisation des fonds sur le compte du client avait eu lieu, en l'espèce, cinq jours après la date d'exécution de l'ordre. Le tribunal, par une lecture peut être un peu trop littérale de la clause, fondée sur la distinction entre le moment d'exécution de l'opération et le moment de sa comptabilisation dans les comptes du client, en a écarté l'application en l'espèce.

<sup>231</sup> Bruxelles, 30 juin 2003, Dr. banc. et fin., 2004/III, p. 175 et note V. De Vuyst, « *Beste uitvoering* » (*best execution*) *van beursorders : de zorgvuldigheidsvorm nader bekeken* ».

<sup>232</sup> Sous la réserve qu'à supposer même que la règle doive être considérée comme particularisant le standard du bon comportement du droit de la responsabilité à la matière des opérations sur instruments financiers, il n'en reste pas moins que le standard ainsi défini est impératif, de sorte qu'aucune exonération de responsabilité en cas de non respect de ce standard n'est possible. A titre de comparaison, on peut rappeler que l'arrêté royal du 5 août 1991 interdit aux gestionnaires de fortune et aux conseillers en placements de déroger au droit commun de la responsabilité contractuelle.

<sup>233</sup> Sur cette problématique des rapports entre le droit commun de la responsabilité et les règles de conduite, voyez notamment, outre les commentaires sous l'arrêt : X. Dieux et Y. Stempnierswsky, La responsabilité civile des intermédiaires en matière de produits dérivés, in Produits dérivés, cahier AEDBF-Belgium, T IX, p. 53 ; L. Cornelis et J. Peeters, Gedragsregels van bemiddelaars bij transacties in financiële instrumenten getoetst aan het aansprakelijkheidsrecht, in Financieel recht tussen oud en nieuw, Anvers, Maklu, 1996, p. 621. Sur base d'une justification qui nous paraît, en partie du moins, contestable, le commentateur de l'arrêt expose qu'un intermédiaire financier de taille plus modeste pourrait, en informant ses clients, dans ses conditions contractuelles, des facilités d'exécution limitées dont il dispose, s'exonérer de sa responsabilité, pour autant que ces descriptions ne soient pas manifestement déraisonnables eu égard au soin que l'on doit apporter aux

On rencontre parfois dans les règlements généraux, une clause que l'intermédiaire financier eût pu invoquer ici pour asseoir sa défense, lui réservant, en cas de cotation sur diverses places, le droit de choisir celle où l'ordre sera exécuté.

En tout état de cause, une telle clause ne peut avoir pour effet de dispenser l'intermédiaire de son obligation d'exécuter l'ordre au mieux des intérêts du client, depuis que celle-ci est édictée en termes impératifs par l'article 36 de la loi du 6 avril 1995.

**26. Best execution.** En matière d'opérations sur instruments financiers, ce devoir a été repris dans les règles de conduites énumérées à l'article 36 de la loi du 6 avril 1995. Les intermédiaires financiers doivent veiller dans leurs opérations sur instruments financiers à servir au mieux les intérêts de leurs clients, avec la compétence, le soin et la diligence qui s'imposent, compte tenu du degré de connaissance de ces clients<sup>234</sup>.

La fragmentation des marchés financiers et la concurrence entre les divers lieux et modes d'exécution a poussé le législateur européen à imposer aux entreprises d'investissement une obligation effective d'exécution au mieux, afin d'assurer qu'elles exécutent les ordres des clients dans les conditions qui leur sont les plus favorables. Cette exigence de « *meilleure exécution des ordres* » (best execution)<sup>235</sup> vaut tant pour les entreprises d'investissement tenues à des obligations contractuelles ou à des obligations d'intermédiaire envers leurs clients<sup>236</sup>.

Ella a été consacrée à l'article 21 de la directive 2004/39/CE du 21 avril 2004 sur les marchés financiers<sup>237</sup>.

Aux termes de cet article, les entreprises d'investissement doivent prendre toutes les mesures raisonnables pour obtenir, lors de l'exécution des ordres, le meilleur résultat

---

affaires d'autrui. Notons que l'obligation, pour l'établissement financier, de définir une politique en matière d'exécution des ordres et d'informer l'investisseur quant à celle-ci sont consacrées par la directive MFI.

<sup>234</sup> Article 36, § 1<sup>er</sup> al. 2 de la loi du 6 avril 1995 relative aux statuts des entreprises d'investissement et à leur contrôle, aux intermédiaires et conseillers en placements. L'article 26 de la loi du 2 août 2002 relative à la surveillance du secteur financier et aux services financiers a quelque peu modifié cet alinéa puisqu'il précise que les intermédiaires financiers doivent « *agir loyalement et équitablement et avec la compétence, le soin et la diligence qui s'imposent au mieux des intérêts de leurs clients et de l'intégrité du marché* ».

<sup>235</sup> Cette obligation se retrouve déjà dans le Règlement Général de l'Autorité des marchés financiers (AMF) française en matière d'exécution pour compte de tiers (article 341-42) et de gestion de portefeuille (articles 322-49 et suivants).

<sup>236</sup> Les entreprises d'investissement qui exercent des activités de gestion de fortune ou de réception/transmission d'ordres devront s'assurer dans le choix de l'intermédiaire financier chargé de l'exécution des ordres que leurs clients bénéficieront du principe de meilleure exécution.

<sup>237</sup> Cette règle s'inspire du principe de « best execution » développé par la *Securities and Exchange Commission* qui précise que « *the duty of best execution requires a broker-dealer to seek the most favourable terms reasonably available under the circumstances for a customer's transaction* ». (US SEC, Order Execution Obligations, Exchange Act Release N°34-37619A. Cette règle a été reprise dans les différents règlements des bourses (NYSE) et des marchés alternatifs (NASD) ainsi que dans les lois fédérales contre la fraude. Pour une présentation de la règle selon le droit américain, consultez : Jeanmart, N., « Quelles mesures pour assurer l'intégrité des marchés d'actions américains ? Un débat de trente ans, toujours d'actualité », Euredia, 2004-2, Bruylant, p. 249-268. La règle est également présente en droit suisse via une directive de l'Association suisse des banquiers du 22 janvier 1997 portant sur les « *Règles de conduite pour négociant en valeurs mobilières applicable à l'exécution d'opération sur titres* ».

possible pour leurs clients compte tenu du prix, du coût, de la rapidité, de la probabilité de l'exécution et du règlement, de la taille, de la nature de l'ordre ou de toute autre considération relative à l'exécution de l'ordre.

La loi du 2 août 2002 a repris ce principe en prévoyant que les intermédiaires doivent « *traiter et exécuter les ordres de leurs clients au mieux de ceux-ci et conformément à leurs instructions spécifiques, en vue d'obtenir le meilleur résultat possible au regard du prix, des frais et de la rapidité et de la probabilité d'exécution, compte tenu du moment, de la nature et de la taille de l'ordre en question et de l'état des marchés concernés* »<sup>238</sup>.

L'obligation d'exécution aux conditions les plus favorables pour les clients n'est pas une règle stricte, obligeant les entreprises d'investissement à garantir que la meilleure exécution sera obtenue dans la majorité des cas. Les entreprises d'investissement ont en effet craint de devoir justifier à l'égard de leur clientèle que chacun des ordres traités par elles a été exécuté dans les meilleures conditions, créant ainsi une obligation impossible à respecter.

L'avis technique du *Committee of European Securities Regulators (CESR)*<sup>239</sup> permet de dissiper cette crainte. Les entreprises d'investissement ont une obligation de moyen consistant à justifier de la mise en place de procédures ou politiques d'exécutions qui permettent d'obtenir les conditions les plus favorables compte tenu de certains paramètres (« *take all reasonable steps to achieve the best possible result* »).

En fait, le principe de la meilleure exécution se traduit par une comparaison « *multi-critères* » des transactions et la mise en place, par l'entreprise d'investissement, de procédures tendant à garantir la meilleure exécution possible. Il s'agit donc pour celles-ci d'une contrainte principalement d'ordre organisationnel et de contrôle d'un dispositif efficace de prise de décision dans l'intérêt du client. Chaque entreprise d'investissement devra en effet élaborer une ou des politiques d'exécution des ordres à appliquer pour obtenir la meilleure exécution possible. Cette politique d'exécution déterminera en fait l'importance de chacun des critères (prix, coût, rapidité,...) repris aux articles 21 ou 26 précités.

Selon le CESR, l'importance de chacun des critères devra être fonction

- des caractéristiques des clients ;
- des caractéristiques des ordres à exécuter pour compte des clients ;
- des caractéristiques des instruments financiers visés par les ordres ;
- ainsi que des caractéristiques des possibilités d'exécution vers lesquels l'ordre peut être dirigé (marchés réglementés ou non, multi-facility trading, internalisateurs, entreprises d'investissements,...).

Néanmoins, chaque fois qu'il existe une instruction spécifique donnée par les clients, l'entreprise d'investissement devra exécuter l'ordre en suivant cette instruction.

---

<sup>238</sup> L'article 26 al. 8° de la loi du 2 août 2002 relative à la surveillance du secteur financier et aux services financiers.

<sup>239</sup> CESR's Technical Advice on Possible Implementing Measures of the Directive 2004/39/EC on Markets in Financial Instruments, April 2005.

Cette politique d'exécution devra être revue au moins tous les ans et à tous le moins dès que l'entreprise d'investissement est informée de la survenance d'un événement ou d'un changement de nature à affecter l'obtention du meilleur résultat possible pour l'exécution des ordres reçus. Ce contrôle devra également s'opérer sur chaque possibilité d'exécution en fonction notamment de la qualité de l'exécution fournie et de leur risque crédit. Par ailleurs, il appartiendra aux entreprises d'investissement de préciser leurs politiques d'exécution<sup>240</sup> à leurs clients afin de permettre à ces derniers de comparer la nature des services offerts entre ces différentes entreprises.

## **CHAPITRE V - LES DEVOIRS DE LOYAUTE ET DE PREVENTION DES CONFLITS D'INTERETS**

**27. Principes** – Sous ce vocable de conflits d'intérêts<sup>241</sup>, deux situations différentes peuvent se présenter :

- la première est celle où une personne, chargée de la « *défense* » des intérêts d'un tiers, a personnellement à l'occasion d'un acte, un intérêt distinct de celui dont il est chargé par le tiers d'assurer la conservation ;
- la seconde est celle où une personne est chargée de la « *défense* » des intérêts de plusieurs tiers, ces intérêts étant eux-mêmes distincts voire opposés.

Il importe de bien distinguer ces deux situations, les règles et principes y applicables étant différents.

---

<sup>240</sup> The information to be provided under the second paragraph of Article 21(3) of the Directive must be provided in a durable medium and in good time (...); this information must include :

(a) a description of how the investment firm seeks to obtain the best possible result when it executes on behalf of clients, including:

i) the relative importance the investment firm assigns to the factors cited in Article 21(1) or the process by which the firm determines the relative importance of these factors;

ii) if the investment firm accepts specific instructions from its clients that conflict with the firm's execution policy or arrangements, a clear and prominent warning that such instructions may prevent the firm from taking the steps that it has designed to obtain the best possible result for the execution of those orders, and

iii) each execution venue on which the investment firm places significant reliance in meeting its obligation to take all reasonable steps to obtain the best possible result for the execution of its client orders on a consistent basis, together with a statement that the client may request:

(1) a complete list of venues in the execution policy and

(2) the investment firm's policy on whether it may use execution venues not included in its execution policy and if so, how the investment firm makes the determination to use such venues

(b) a description of the investment firm's process for communicating material changes to its order execution policy.

(c) if an investment firm may execute transactions between its clients or between its clients and clients of its interested persons, execute client orders by dealing on own account or direct client orders to its interested persons for execution or reception and transmission or if an investment firm that provides the service of portfolio management or order reception and transmission also may execute orders on behalf of its clients, a description of those practices, and a discussion of how the firm manages the related conflicts; and

(d) a description of the investment firm's process for selecting, monitoring and reviewing its execution arrangements and the execution venues in its order execution policy, including a description of how deficiencies in the investment firm's execution arrangements are identified and addressed.

<sup>241</sup> Nous renvoyons aussi la contribution de MM. Ph. Lambrecht et Th. Bosly, Les conflits d'intérêts liés à la multiplicité des rôles du banquier, publiée dans le présent ouvrage.

Si le droit belge ne connaît pas de réglementation générale en matière de conflits d'intérêts, le législateur a adopté certaines dispositions spécifiques dans le cadre du mandat (articles 1596 et 1993 du Code civil), et des marchés financiers (articles 36 et 62 de la loi du 6 avril 1995).

**28. Suite** - En droit civil, il existe à tout le moins deux articles destinés à régir certains conflits d'intérêts, à savoir les articles 1596 et 1993 du Code civil.

Ces articles prévoient respectivement que

*« Ne peuvent se rendre adjudicataires, sous peine de nullité, ni par eux-mêmes, ni par personnes interposées.*

*Les tuteurs, des biens de ceux dont ils ont la tutelle;*

*Les mandataires, des biens qu'ils sont chargés de vendre;*

*Les administrateurs, de ceux des communes ou des établissements publics confiés à leurs soins;*

*Les officiers publics, des biens nationaux dont les ventes se font par leur ministère »,*

et que

*« tout mandataire est tenu de rendre compte de sa gestion, et de faire raison au mandant de tout ce qu'il a reçu en vertu de sa procuration, quand même ce qu'il aurait reçu n'eût point été dû au mandant ».*

L'article 1596 du Code civil prohibe à certaines personnes chargées des intérêts d'autrui d'acquérir, dans une vente publique – à laquelle la vente de gré à gré a été assimilée, peut-être à tort<sup>242</sup> - de se porter contrepartie des personnes dont elles sont chargées de la « défense » des intérêts.

Le champ d'application exacte de cette disposition fait néanmoins l'objet de controverses doctrinales.<sup>243</sup>

L'article 1993 du Code civil édicte quant à lui l'obligation du mandataire de servir exclusivement les intérêts de son mandant.

**29. Suite** - Dans un arrêt du 7 décembre 1978, la Cour de cassation a estimé qu'il existait un principe général de droit plus général suivant lequel nul ne peut se porter contrepartie de son mandant, principe qui est du reste consacré par l'article 1596 du Code civil.

Dans cet arrêt, la Cour a précisément indiqué que :

*« Si l'acte accompli au mépris du principe général de droit qui s'oppose à ce que le mandataire d'une partie agisse comme contrepartie de son mandant est nul, cette nullité n'est que relative et*

---

<sup>242</sup> Cass. Fr 20 octobre 1980, Bull. civ., 1981, I, p. 241; Cass., 24 septembre 1981, Pas., 1982, I, p. 125 ; M. Ekelmans, « Conflits d'intérêts. Contrats d'intermédiaires », in *Les conflits d'intérêts*, Bruxelles, Bruylant, 1997, p. 9, n° 3.1.

<sup>243</sup> Pour la synthèse des différentes thèses, voyez J.-F. Romain, « Du contrat avec soi-même et des conflits d'intérêts : théorie générale dans le droit commun de la représentation, fondée sur le principe de bonne foi et applications en droit financier », in *Les conflits d'intérêts*, Bruxelles, Bruylant, 1997, p. 115, n° 13 à 18.

*peut être couverte par le mandant agissant en connaissance de cause* ». <sup>244</sup>

Ce principe a été répété par la Cour de cassation dans un arrêt du 18 mars 2004, dans les termes suivants :

*« het een algemeen rechtsbeginsel is dat degene die voor rekening van een ander rechtshandelingen moet stellen, daarbij niet mag optreden als tegenpartij van die andere ; dat dergelijke handeling uit haar aard nietig is ».* <sup>245</sup>

Dans un arrêt du 24 septembre 1981, la Cour a par ailleurs indiqué que *« la prohibition de l'article 1596, alinéa 3, du Code civil peut s'appliquer même lorsque le mandant a fixé le prix auquel le bien peut être vendu, cette seule circonstance n'impliquant pas la cessation du mandat ».* <sup>246</sup>

Il paraît possible de tirer de ces trois arrêts, quatre enseignements :

- il existe, dans le droit du mandat, un principe général de droit interdisant au mandataire de se porter contrepartie.

Il est par contre hasardeux de déduire de ces arrêts qu'un tel principe serait applicable à d'autres contrats, tel le contrat de commission <sup>247</sup> ou encore qu'ils prohiberaient toute intervention en une double qualité, même sans se porter contrepartie <sup>248</sup> même si cette dernière question est particulièrement délicate. En effet, l'article 1993 du Code civil impose le service exclusif des intérêts du mandant de sorte qu'il paraît impossible de servir simultanément deux intérêts opposés, qu'il y ait ou non contrepartie ;

- la violation de ce principe est sanctionnée d'une nullité relative qui est susceptible d'être couverte par le mandant ;
- rien n'interdit au mandant d'autoriser, expressément ou tacitement, le mandataire à se porter contrepartie, le mandant renonçant ainsi au bénéfice de la protection ;
- la fixation par le mandant des conditions de la vente notamment quant au prix, ne supprime pas en soi l'existence d'un conflit d'intérêts ou n'empêche nullement sa survenance. Encore faut-il que, dans le même temps, le mandant ait autorisé le mandataire à se porter contrepartie.

**30. Suite** - Même s'il fallait donner au principe général de droit dégagé par la Cour de cassation dans son arrêt du 7 décembre 1978 une portée plus générale – ce qui serait étonnant dès lors que la Cour a pris soin, dans son arrêt du 18 mars 2004, à ne viser que

---

<sup>244</sup> Cass., 7 décembre 1978, Pas., 1979, I, p. 408.

<sup>245</sup> Cass., 18 mars 2004, www.cass.be.

<sup>246</sup> Cass., 24 septembre 1981, Pas., 1982, I, p. 125.

<sup>247</sup> J.-F. Romain, « Du contrat avec soi-même et des conflits d'intérêts : théorie générale dans le droit commun de la représentation, fondée sur le principe de bonne foi et applications en droit financier », in *Les conflits d'intérêts*, Bruxelles, Bruylant, 1997, p. 129, n° 18.4.

<sup>248</sup> J.-F. Romain, *op.cit.*, p. 127, n° 18.2. ; M. Kruithof, « Bescherming van de belegger bij belangenconflicten in multifunctionele financiële instellingen », in *La protection de l'investisseur et de l'e-investisseur*, Bruxelles, Bruylant, Cahiers de l'AEDBF-Belgium, T. 14, 2002, p. 83, n° 33.

l'interdiction de se porter contrepartie -, ce principe n'est pas d'application lorsque le législateur a spécifiquement réglementé la question.

Une telle réglementation existant en matière financière, le principe général de droit visé ci-avant n'est pas d'application.

D'une manière plus générale, l'évolution du droit financier tend à permettre d'une part la possibilité de se porter contrepartie d'un client dès lors que cette contrepartie se fait au travers du marché et d'autre part, l'internalisation des services dès lors que le principe de meilleure exécution pour le client est respecté.

Le phénomène de l'internalisation, que la loi du 2 août 2002 tend à permettre, est particulièrement intéressant dans la mesure où, dans une telle hypothèse l'entreprise d'investissement cumule sur une même tête, trois intérêts différents :

- l'intérêt propre de l'entreprise d'investissement qui est de maximaliser à l'occasion des opérations, son profit ;
- l'intérêt du client vendeur qui est d'obtenir, par définition, le meilleur prix, c'est-à-dire, dans son chef, le prix le plus élevé ;
- l'intérêt du client acheteur qui est d'obtenir le meilleur prix, c'est-à-dire, dans son chef, le prix le moins élevé.

**31. Suite** - S'il n'existe selon nous pas d'interdiction générale d'intervenir à un acte en plusieurs qualités, dès lors que le mandataire ne se porte pas contrepartie de son mandant, ceci ne signifie pas que cette situation échappe à toute réglementation quelconque.

Même dans le cas du double mandat, le principe d'exécution de bonne foi, consacré par l'article 1134 du Code civil, impose au mandataire se trouvant dans une telle situation, un devoir de loyauté envers ses mandants.

Celui-ci peut impliquer que le mandataire « *devra très généralement s'ouvrir préventivement à ce dernier de tout conflit d'intérêts à naître, dans l'exécution du contrat de représentation, qui pourrait perturber ou entraver l'exécution de sa mission* ». <sup>249</sup>

**32. La responsabilité du banquier promoteur d'un produit** - Lorsqu'un banquier promeut un produit et que le client auprès duquel celui-ci a été « *placé* » est mécontent, ce dernier dispose essentiellement de deux moyens : la mise en cause de la responsabilité du banquier ou l'annulation de l'opération intervenue.

Lorsque le client décide de mettre en cause la responsabilité du banquier, il invoque traditionnellement – et ce sans préjudice des moyens particuliers qu'il pourrait faire valoir à

---

<sup>249</sup> J.-F. Romain, « Du contrat avec soi-même et des conflits d'intérêts : théorie générale dans le droit commun de la représentation, fondée sur le principe de bonne foi et applications en droit financier », in *Les conflits d'intérêts*, Bruxelles, Bruylant, 1997, p. 140, n° 21. Voyez également M. Ekemans, « Conflits d'intérêts. Contrats d'intermédiaires », in *Les conflits d'intérêts*, Bruxelles, Bruylant, 1997, p. 16, n° 6 et 7.

raison des circonstances spécifiques de la cause - une violation des devoirs d'information ou de conseil du banquier (supra n° 2 à 11)<sup>250</sup> ainsi que, le cas échéant, une méconnaissance des dispositions régissant les conflits d'intérêts.

La problématique de la gestion des conflits d'intérêts a été examinée quant aux principes ci-avant (supra n° 27 à 31). Nous examinerons les implications du devoir d'éviter les conflits d'intérêts dans le cadre de l'action en responsabilité.

Dans le cadre de la présente contribution, nous considérerons que les relations entre la banque et son client qui se plaint, sont essentiellement régies par le contrat de compte à l'exclusion de toute convention de gestion de fortune ou de conseil en placements. Dans ces deux cas, la difficulté se pose en des termes quelque peu différents.

**33. Suite** - L'intervention d'un banquier en qualité de « *lead manager* » peut prendre deux formes différentes, à savoir la prise ferme ou le placement.

Il importe de distinguer les deux situations tant les obligations pesant sur le banquier dans chacune d'elles sont différentes, ce qui exerce bien entendu une influence sur la responsabilité qu'il peut encourir.

#### (1) *La prise ferme*

La prise ferme « *consiste pour le prestataire de services d'investissement à acheter directement à l'émetteur à un prix convenu des instruments financiers émis lors d'une opération financière en vue de leur placement définitif auprès des clients auxquels elle les rétrocède* ». <sup>251</sup>

Il se déduit de cette définition qu'en cas d'insuccès de l'opération de placement, le risque pèse donc sur l'intermédiaire financier qui conservera entre ses mains les titres qu'il n'a pu placer dans le public.

Dès lors que l'intermédiaire financier (ou le syndicat dont il fait partie) est juridiquement le souscripteur des instruments financiers, les relations qu'il entretient avec le public auprès duquel il place les instruments, doivent être qualifiées de vente.

#### (2) *Le placement*

Le placement consiste en « *la recherche des souscripteurs ou des acquéreurs pour le compte d'un émetteur ou d'un cédant d'instruments financiers* ». <sup>252</sup>

---

<sup>250</sup> Ainsi, manque au devoir de prudence du banquier professionnel et engage dès lors sa responsabilité quasi-délictuelle, la banque qui sollicitée de conseiller un de ses clients sur l'opportunité d'investir dans une entreprise également cliente de la banque omet d'avertir son client de ce que le dirigeant de l'entreprise concernée a déjà été antérieurement déclaré personnellement en faillite et fait prévaloir ses intérêts de dispensateur de crédit sur son devoir de loyauté envers son client investisseur (Anvers, 16 septembre 1997, R.D.C., 1998, p 843 et obs. J.P. Buyle et M. Delierneux).

<sup>251</sup> H. de Vauplane, J.-P. Bornet, *Droit des marchés financiers*, Paris, Litec, 3<sup>ème</sup> éd., 2001, p. 101, n° 97.

<sup>252</sup> H. de Vauplane, J.-P. Bornet, *Droit des marchés financiers*, Paris, Litec, 3<sup>ème</sup> éd., 2001, p. 102, n° 98.

Sauf si l'intermédiaire financier a garanti à l'émetteur des instruments financiers leur placement, ce qui l'oblige en cas d'insuccès à acquérir lui-même les titres, le risque repose sur l'émetteur.

Dans une telle opération, l'intermédiaire intervient en conséquence en qualité de mandataire et non de vendeur comme c'est le cas en matière de prise ferme.

Le rôle d'un banquier dans le cadre d'un placement connaît une différence essentielle avec le syndicat de prise ferme : il ne supporte pas lui-même le risque de l'émission.

Il n'est donc pas en situation de conflits d'intérêts, comme il l'est en cas de prise ferme.

Pour le reste, l'assistance qu'il apporte à l'émetteur dans le cadre de l'émission est similaire.

**34. Le conflit d'intérêts résultant de la prise ferme** - Dès lors qu'une banque participe - que ce soit comme chef de file ou simplement comme membre du syndicat - à une émission dans la cadre de laquelle il est fait usage d'une prise ferme, elle supporte le risque du non-placement des titres émis.

Elle se trouve alors naturellement confrontée à une situation de conflit d'intérêts.

Son intérêt propre lui commande de placer ces titres auprès de tiers, dont sa clientèle alors que l'intérêt de celle-ci peut être précisément de ne pas acquérir ces titres.

Cette situation de conflit d'intérêts n'existe pas lorsque la banque participe à un placement, sauf si elle en a garanti la bonne fin. Dans ce cas, les solutions qui seront dégagées en ce qui concerne la prise ferme sont également applicables.

**35. La règle de conduite d'éviter les conflits d'intérêts** - L'article 36 de la loi du 6 avril 1995 prévoit que :

« §1<sup>er</sup>. Dans leurs opérations sur instruments financiers, les intermédiaires visés aux articles 2, § 1<sup>er</sup>, et 34 veilleront :

[...]

6° à éviter tout conflit d'intérêt possible, ou s'il est inévitable, à veiller à ce que leurs clients soient traités de façon équitable et égale et, le cas échéant, à suivre toute autre mesure telle l'obligation de faire rapport, le respect des règles internes en matière de confidentialité ou le refus d'intervenir. Ils ne pourront pas placer de manière inéquitable leurs propres intérêts devant ceux de leurs clients et lorsqu'un client dûment informé peut raisonnablement attendre que les intermédiaires visés aux articles 2, §1<sup>er</sup>, et 34 placent les intérêts de leurs clients devant leurs propres intérêts, ils devront répondre à l'attente de leurs clients».

L'article 36, §1<sup>er</sup>, 6° de la loi invite les intermédiaires à éviter, dans la mesure du possible, les conflits d'intérêts.

Le conflit d'intérêts peut être défini comme étant « *la divergence ou l'opposition qui apparaît lors d'opérations déterminées entre les intérêts personnels d'une personne et d'autres intérêts qu'elle doit défendre activement* ». <sup>253</sup> Les conflits d'intérêts proviennent de l'obligation de défendre activement les intérêts d'une autre personne et ne doivent pas être confondus avec l'obligation générale de tenir compte des intérêts d'autrui.

Il est cité, comme exemple de conflits d'intérêts, le fait d'intervenir, dans une OPA inamicale, en qualité de conseil de l'offrant et de la société cible, de conseiller l'acquisition de titres que l'intermédiaire a lui-même pris en prise ferme, ...

Même s'il y a un conflit d'intérêts – qui doit survenir à l'occasion d'une transaction -, il n'est pas interdit à l'intermédiaire d'agir dès lors que le client est traité de manière équitable et égale.

Il s'agit d'une simple obligation de moyen.

Dès lors que le conflit d'intérêts est inévitable, l'intermédiaire, s'il décide de poursuivre sa « *mission* », doit non seulement en informer son client mais également préserver, par son organisation interne, la confidentialité des informations. La technique des « *murailles de Chine* » est une façon de préserver cette confidentialité (infra n° 39). Il doit en outre préserver les intérêts du client et s'il y a lieu les préférer aux siens.

Théoriquement, aucun conflit d'intérêt n'est inévitable dès lors qu'il est toujours possible pour l'intermédiaire de ne pas intervenir. Entendue de la sorte, cette règle aurait en réalité un effet pervers à savoir empêcher les intermédiaires d'exercer leurs activités, ce qui préjudicierait en toute hypothèse les clients.

Le caractère inévitable du conflit doit être entendu de manière raisonnable et n'oblige pas l'entreprise d'investissement à prendre toute mesure généralement quelconque. Suivant la nouvelle directive européenne relative aux services d'investissements <sup>254</sup>, ci-après directive DSI, il faut mais il suffit que les mesures raisonnables soient prises pour empêcher que les conflits d'intérêts portent atteinte aux intérêts du client (art. 13.3.).

Il en résulte qu'il ne peut être exigé de l'entreprise d'investissement qu'elle prenne des mesures dont le coût serait totalement disproportionné par rapport au but poursuivi et la nécessité de maintenir un service efficient.

Si un conflit d'intérêts survient, l'entreprise d'investissement peut continuer à intervenir pour autant qu'elle prenne des mesures raisonnables pour que les intérêts du client ne soient pas préjudiciés.

Compte tenu de la taille du marché financier belge, il est habituellement admis que, dans une situation de conflits d'intérêts, l'information du client sur l'existence de ce conflit peut

---

<sup>253</sup> V. Simonart, « Conclusions générales », in *Les conflits d'intérêts*, Bruxelles, Bruylant, 1997, p. 336.

<sup>254</sup> Directive 2004/39/CE du 21 avril 2004 concernant les marchés d'instruments financiers, modifiant les directives 85/611/CEE et 93/6/CEE du Conseil et la directive 2000/12/CE du Parlement européen et du Conseil et abrogeant la directive 93/22/CEE du Conseil.

constituer une de ces mesures raisonnables.<sup>255</sup> C'est du reste en ce sens que s'est dirigé le législateur européen dans la nouvelle directive MIF. A l'article 18.2. de cette nouvelle directive, il est en effet prévu que « *Lorsque les dispositions organisationnelles ou administratives prises par une entreprise d'investissement conformément à l'article 13, paragraphe 3, pour gérer les conflits d'intérêts ne suffisent pas à garantir, avec une certitude raisonnable, que le risque de porter atteinte aux intérêts des clients sera effectivement évité, l'entreprise d'investissement informe clairement ceux-ci, avant d'agir en leur nom, de la nature générale et/ou de la source de ces conflits d'intérêts* ».

**36. Application** - On peut se demander si le jugement prononcé par le tribunal de commerce de Bruxelles dans l'affaire *Confederation Life*, n'est pas une application avant la lettre de l'article 36, § 1<sup>er</sup>, 6° de la loi du 6 avril 1995 relative aux conflits d'intérêts et à leur gestion.<sup>256</sup>

Elle pose fondamentalement la question de la comptabilité d'une prise ferme ou d'un engagement de placement avec garantie de bonne fin avec la règle de comportement visé à l'article 36, § 1, 6° de la loi du 6 avril 1995.

A ces situations s'apparentent celles où la banque a souscrit un engagement de placement sans garantie de bonne fin ou où elle a conseillé l'émetteur dans le cadre de l'émission.

Tant la nouvelle directive MIF que les règles de comportement actuellement consacrées par l'article 36 de la loi du 6 avril 1995 n'interdisent pas à une entreprise d'investissement de diffuser dans le public des titres qu'elle aurait souscrits dans le cadre d'une prise ferme ou dont elle aurait garanti le placement.

Lors de la réalisation d'une telle opération, cette entreprise est en réalité placée devant un choix, à savoir :

- s'abstenir de se placer dans une situation de conflits d'intérêts en ne participant pas à la prise ferme ou à la garantie de placement ;
- souscrire à la prise ferme ou à la garantie de placement et gérer le conflit d'intérêts ainsi né de façon à éviter que les intérêts du client soient préjudiciés.

Un des moyens serait de refuser de diffuser les titres dont elle « *participe* » à l'émission auprès de ses clients. Outre que ceci est difficilement imaginable, une telle solution pourrait par ailleurs conduire l'entreprise d'investissement agissant de la sorte à porter préjudice aux intérêts de ses clients. Nonobstant l'existence du conflit, il peut en effet être intéressant pour lesdits clients de souscrire aux titres dont l'entreprise d'investissement assure le placement.

---

<sup>255</sup> E. Wymeersch, « Les règles de conduite relatives aux opérations sur instruments financiers. L'article 36 de la loi du 6 avril 1995, *Rev. Banque*, 1995, p.588, n° 37 ; M. Kruithof, « Bescherming van de belegger bij belangenconflicten in multifunctionele financiële instellingen », in *La protection de l'investisseur et de l'investisseur*, Bruxelles, Bruylant, Cahiers de l'AEDBF-Belgium, T. 14, 2002, p. 117, n° 69.

<sup>256</sup> Comm. Bruxelles, 26 mars 1997, *T.R.V.*, 2000, p. 109. Voy. J. Tyteca, « *Confederation Life – strekking aan belegger* », *T.R.V.*, 2000, p. 121, n° 9 ; J.-P. Buyle, O. Creplet, *La responsabilité bancaire*, Kluwer, 2002, p. 24.

Il nous semble dès lors qu'une bonne façon de résoudre ce type de conflits d'intérêts est d'informer les investisseurs de l'existence de ce conflit. Dûment informés, ceux-ci prennent alors leur décision en connaissance de cause et ils ne peuvent reprocher à l'entreprise d'investissement d'avoir voulu les préjudicier, argument qui est en filigrane dans tout le litige Confederation Life.

**37. Suite** - La situation est quelque peu différente lorsque l'entreprise d'investissement se contente d'effectuer le placement sans garantie de bonne fin ou de conseiller l'émetteur à l'occasion de celui-ci.

Il n'en demeure pas moins que même si théoriquement ladite entreprise n'ait directement aucun intérêt à la réussite de placement, ceci ne signifie pas qu'aucun conflit d'intérêt ne peut surgir.

Tel est par exemple le cas si outre cette assistance de l'émetteur, l'entreprise d'investissement lui a également consenti un crédit. Dans ce cas, il peut avoir un intérêt indirect à la réussite de l'opération, surtout si cette dernière est la condition nécessaire du remboursement dudit crédit.

Dès lors, les principes dégagés en matière de prise ferme ou de placement avec garantie de bonne fin, peuvent également être appliqués dans le cas où l'assistance de l'entreprise d'investissement est moins importante, soit qu'elle s'est contentée de conseiller l'émetteur soit qu'elle n'ait pas garanti la bonne fin de l'émission.

**38. L'organisation interne** - Il a été montré que les règles de comportement imposaient de constituer, dans certains cas, des « *murailles de Chine* ».

Une telle obligation découle également de l'article 62 de la loi du 6 avril 1995 qui prévoit que :

« (...).

*Les entreprises d'investissement doivent être structurées et organisées de façon à restreindre au minimum le risque que des conflits d'intérêts entre l'entreprise et ses clients ou entre ses clients eux-mêmes ne nuisent aux intérêts des clients.*

(...)

*L'alinéa 2 s'applique aux établissements de crédit qui fournissent des services d'investissement. En outre, ces établissements doivent disposer de mécanismes appropriés de contrôle et de sécurité dans le domaine informatique, ainsi que de procédures de contrôle interne adéquates incluant notamment un régime pour les opérations personnelles directes et indirectes des salariés et des représentants de l'établissement. »*

La loi ne précise pas davantage la forme que doit prendre cette organisation, si ce n'est que les établissements de crédit doivent assurer « *un cloisonnement entre leurs services de gestion de fortune et leurs autres activités* » (art. 79, § 1, alinéa 3 de la loi du 6 avril 1995).

La circulaire B/92/4 de la CBFA, précise en filigrane ce qu'est une muraille de Chine et quel est son objet. Cette circulaire prévoit en effet que :

« Ce cloisonnement a pour objectif d'assurer l'autonomie de la gestion de fortune et de prévenir les conflits d'intérêts.

(...)

*Cette activité devra, dans la mesure du possible être prise en charge par un département distinct de l'établissement de crédit ou de la société de bourse. En tout état de cause cette activité doit être prise en charge par un membre de la direction responsable devant l'organe de gestion de l'établissement de crédit ou de la société de bourse exerçant cette fonction à titre exclusif ou principal. Dans ce dernier cas, il ne pourra en même temps porter une quelconque responsabilité en matière de gestion de portefeuille propre à l'établissement de crédit ou à la société de bourse ou de la gestion de fortune collective. (...)* »

Il en résulte que la muraille de Chine renvoie à l'ensemble des règles et procédures internes que le personnel d'un établissement de crédit doit respecter et qui ont pour objet d'éviter qu'une information disponible au sein d'un « *département* » soit communiquée à un autre « *département* » du même établissement.<sup>257</sup>

Ces règles – dont l'existence ne peut empêcher ni la survenance d'un conflit d'intérêts ni la communication effective de l'information, ni ne peut assurer que les intérêts du client soient effectivement protégés – sont en réalité propres à chaque établissement et dépendent de sa structure propre.

Elles peuvent consister en une séparation physique des services entre lesquels l'information ne peut se transmettre qui peut prendre la forme de localisation dans des bâtiments distincts avec un système informatique sinon totalement distinct, à tout le moins empêchant la consultation par un département, des données « *appartenant* » à un autre. Elles peuvent également impliquer la présence dans chaque département de personnes dédiées à la même occupation, telle l'analyse de la situation financière d'une société.

Poussée à l'extrême, cette obligation de créer des « *murailles de Chine* » peut générer des coûts extrêmement élevés pour l'établissement de crédit et annihiler, en tout ou en partie, tout l'intérêt d'offrir, au sein d'une même société, de multiples services.

**39. Suite** - Il a été montré que les mesures organisationnelles et administratives que devait prendre l'entreprise d'investissement devaient être raisonnables (supra n° 35).

Il paraît dès lors excessif d'exiger en toute hypothèse une séparation physique absolue prenant la forme de la localisation de services dans des bâtiments différents. Une séparation réelle et efficiente au sein d'un même bâtiment peut être suffisante.

Au niveau de l'information, l'existence de murailles de Chine suppose qu'un service ne puisse pénétrer dans les données « *appartenant* » à un autre service. Ceci implique nécessairement – et tel est du reste le but même des dites murailles de Chine – que l'information détenue par un service ne soit pas davantage spontanément transmise à un autre.

Sur la base de ces principes, il ne pourrait dès lors être question que le service qui aurait

---

<sup>257</sup> M. Kruithof, « Bescherming van de belegger bij belangenconflicten in multifunctionele financiële instellingen », in *La protection de l'investisseur et de l'e-investisseur*, Bruxelles, Bruylant, Cahiers de l'AEDBF-Belgium, T. 14, 2002, p.94, n° 48.

assisté un émetteur à l'occasion d'une émission d'obligations, transmette à la salle des marchés des informations concernant l'émetteur ou les titres émis de façon à ce que celui-ci puisse en connaissance de cause déconseiller aux investisseurs qui la contactent, d'acquiescer les titres dont la banque participe à l'émission. Ces mêmes principes nous paraissent également faire obstacle à l'émission d'une simple recommandation d'un département à un autre. Certes, il ne s'agit pas alors de transmettre comme telle l'information disponible. Néanmoins, outre que cette recommandation suscitera vraisemblablement des interrogations de la part du service auquel elle est destinée, elle constitue en réalité la négation même du principe d'étanchéité entre les services consacrés sous le vocable « *muraille de Chine* ».

Il est néanmoins permis de s'interroger sur la pertinence, au regard des règles de comportement, d'une telle solution.

En effet, l'article 36, § 1, 6° de la loi du 6 avril 1995 impose non seulement la création de murailles de Chine dans le but de mieux défendre les intérêts du client mais aussi de privilégier les intérêts du client, le cas échéant au détriment de ceux de l'entreprise d'investissement. Or, précisément, la recommandation donnée à la salle des marchés de déconseiller – même si un tel acte est de nature à susciter d'autres difficultés – est de nature à préserver les intérêts de l'investisseur voire à privilégier ses intérêts sur ceux de l'entreprise d'investissement.

Paradoxalement, appliquées avec rigueur, les murailles de Chine peuvent, dans un tel cas desservir l'intérêt du client.

Il semble néanmoins impossible pratiquement de vérifier au cas par cas, si les intérêts du client sont ainsi servis au mieux de sorte qu'il paraît préférable de maintenir la règle de principe, à savoir la non transmission de l'information.

**40. Suite** - La constitution de murailles de Chine pose également quelques difficultés en terme de responsabilité.

Plus précisément, un client serait-il en droit de mettre en cause la responsabilité du banquier au motif que celui-ci a scrupuleusement respecté l'étanchéité entre les différents services de la banque, alors que si l'information avait été transmise, ses intérêts auraient été mieux servis ?

La réponse à cette question est délicate tant l'entreprise d'investissement se trouve en réalité prise, dans ces circonstances, entre le marteau et l'enclume. Si elle ne respecte pas ses propres procédures de prévention des conflits d'intérêts, elle commet une faute<sup>258</sup>. Si elle les respecte, elle est encore susceptible de voir sa responsabilité engagée, à raison d'un manquement au devoir d'information.

---

<sup>258</sup> Dans l'affaire LVMH/Morgan Stanley, c'est précisément le reproche qui était adressé par LVMH à Morgan Stanley et qui a été retenu, certes au terme d'une motivation contestable, par le tribunal de commerce de Paris le 12 janvier 2004 (*Rev. Banque*, 2004, p. 239. Pour quelques commentaires de cette décision, voyez H. de Vauplane, J.-J. Daigre, « Chronique financière et boursière », *Banque & Droit*, 2004, n° 93, p. 31 ; A. Pietrancosta, « L'affaire Morgan Stanley/LVMH. Banque d'investissement et analyse financière », *Rev. Dr. Banc. Et Fin.*, 2004, p. 131 ; M. Kruithof, « LVMH v. Morgan Stanley : de aansprakelijkheid van financiële analisten met belangenconflicten », *Rev. Banque*, 2004, p. 215).

Il nous semble que l'obligation de prendre des mesures pour prévenir et gérer les conflits d'intérêts et, dans ce cadre, ériger des murailles de Chine, peut être analysée comme un ordre ou une permission de la loi.

Or, l'acte conforme à l'ordre ou la permission de la loi et accompli en exécution de cet ordre ou de cette permission, ne peut être constitutif de faute pour autant que l'acte ait été posé sans imprudence et sans abus.

Il peut néanmoins être prudent de convenir expressément avec le client que le respect des murailles de Chine érigées entre les services ne pourra jamais être constitutif d'une faute dans le chef de la banque.

**41. Conclusion** – En matière de conflit d'intérêts, la difficulté a trait à l'intervention de la banque avec des casquettes différentes « *représentant* » des intérêts différents.

Il n'existe aucune règle générale interdisant de cumuler différents intérêts sur une même tête. Le principe d'exécution de bonne foi des conventions impose à tout le moins d'en informer, le cas échéant de manière générale, le co-contractant.

La gestion des intérêts distincts doit, dans la mesure du possible, être assurée par des services ou des teams différents, entre lesquels il existe une certaine indépendance.

L'introduction de clauses spécifiques relatives aux murailles de Chine ou à l'article 1993 du Code civil dans les conventions de la banque avec son client pourrait également être envisagée.

## **CHAPITRE VI – LE DEVOIR DE SECURITE**

**42. Principes** – Le banquier, comme tout professionnel, a une obligation de sécurité à l'égard des personnes et des biens dans ses locaux. Cette obligation est liée au devoir de vigilance et de surveillance, même si elle ne s'y identifie pas complètement. C'est une responsabilité de droit qui n'engendre, en principe que des obligations de moyens. Le client doit donc démontrer la faute de la banque, par exemple en cas de hold-up ou d'agression<sup>259</sup>.

Le code de conduite de l'Association belge des banques du 17 avril 1998<sup>260</sup> définit

---

<sup>259</sup> Pour un cas de client agressé avant d'avoir pu remettre des fonds qu'il transportait, cons. Paris, 4 mars 1987, D, 1987, I.R., p.9, RTD Com, 1987, p.560, obs. Cabrillac et Teyssié.

<sup>260</sup> En ce que ce code ne s'applique qu'aux relations entre les banques et les particuliers (personnes physiques s'adressant à la banque dans le cadre de ses intérêts privés et non de ses activités professionnelles), il sort du champ d'application sensu stricto de la présente contribution qui vise les relations de la banque et l'entreprise. Ce texte est donc cité à titre informatif. Pour un commentaire de ce code cons. J.P. Buyle, D. Goffaux, L'impact du code de bonne conduite de l'Association belge des banques, rev. de la banque, 8/2000, p.511.

expressément les principes de sécurité et de fiabilité de la manière suivante :

*"1. une bonne relation bancaire repose sur la sécurité et la fiabilité. Assurer la sécurité et la protection des avoirs qui nous sont confiés constitue dès lors l'un de nos soucis majeurs. La sécurité de nos services repose également sur une utilisation attentive de ces services de votre part.*

*2. Nous nous efforçons de gérer d'une manière sûre les avoirs qui nous sont confiés. Nos systèmes sont d'une grande qualité technique et nos procédures sont continuellement modernisées. Nous mettons en place le contrôle interne adéquat.*

*3. Une grande partie des avoirs qui nous sont confiés servent à accorder des prêts. Par conséquent, nous agissons avec prudence et sommes attentifs à la fiabilité de tous ceux avec qui nous traitons, qu'il s'agisse de clients ou d'intermédiaires financiers.*

*4. nous sommes soumis, tant dans votre intérêt que dans le nôtre, à des règles nombreuses et strictes et au contrôle rigoureux de la Commission bancaire et financière. Le respect de toutes les normes en vigueur garantit la solidité et la stabilité du système bancaire".*

La banque viole-t-elle son obligation de sécurité en mettant à la disposition de ses clients des locaux non sécurisés, dans lesquels se trouvent des distributeurs automatiques de billets ? Non, répond le tribunal de grande instance de Paris. La banque ne viole pas son devoir dans la mesure où le local est librement ouvert au public et n'est pas moins sûr que les distributeurs installés sur la voie publique<sup>261</sup>.

L'obligation de sécurité ou de garantie semble toutefois poindre dans la délivrance de certains services bancaires. Que l'on songe aux systèmes de paiement interbancaires ou au service de coffre fort.

**43. Les systèmes de paiement interbancaires** – Si le législateur belge n'a pas défini le système de paiement interbancaire<sup>262</sup>, on peut retenir qu'il s'agit d'un ensemble d'instruments, de procédures et de règles assurant le transfert de fonds entre les participants au système, qui repose normalement sur un accord entre les participants et l'opérateur du système, le transfert de fonds étant effectué au moyen d'une infrastructure technique convenue<sup>263</sup>.

Les exploitants des systèmes sont les premiers responsables de la sécurité et de l'efficacité de ces systèmes<sup>264</sup>.

L'utilisation croissante de techniques de communication électronique soulève un certain nombre de questions nouvelles, particulièrement dans les rapports entre le donneur

---

<sup>261</sup> TGI Paris, 22 septembre 1995, Banque et Droit, 1996, n°46, p.36.

<sup>262</sup> La loi du 28 avril 1999 transposant la directive 98/26/CE du 19 mai 1998 concernant le caractère définitif du règlement dans les systèmes de paiement et de règlement des opérations sur titres se contente d'une énumération des systèmes de paiement : ELLIPS, CEL et Chambre de compensation de Belgique.

<sup>263</sup> Banque Nationale de Belgique, rapport annuel, 2001, I, p.126.

<sup>264</sup> Banque Nationale de Belgique, rapport annuel, 2001, I, p.126.

d'ordre et établissements de crédit.<sup>265</sup>

L'exigence d'identification, si elle n'a pas disparu, est désormais intégrée dans le système de paiement lui-même.

Comme l'écrit Monsieur Wymeersch<sup>266</sup>, « toutes les opérations exécutées au moyen de techniques électroniques présupposent l'utilisation de techniques d'identification. Pour les applications destinées au grand public, l'identification se fait au moyen d'une part de la carte de paiement, d'autre part d'un code secret, le « PIN-code ». Ce code utilisé ensemble avec la carte de légitimation, constitue la clé d'accès exclusive aux opérations électroniques. Leur possession permet l'exécution de toutes les opérations convenues, sans que la banque puisse s'y soustraire ».

La répartition des risques conserve la même philosophie, adaptée au caractère technique des procédures d'identification : ainsi, le client assume le risque d'utilisation par un tiers des deux instruments de légitimation, à moins de prouver l'existence d'une défaillance technique au niveau du système lui-même.

Les progrès techniques ont permis une évolution radicale des systèmes de paiement, qui tend vers une automatisation croissante de ceux-ci.

Ces systèmes portent en eux un risque relativement nouveau ou inconnu des systèmes traditionnels, soit un risque d'incident technique.

Conscient des répercussions de cette évolution sur la responsabilité qu'il pourrait encourir à l'occasion de l'utilisation de tels systèmes, le secteur bancaire a dû développer des techniques pour se prémunir contre les risques d'incident, en prévenir la survenance ou en réduire les conséquences.<sup>267</sup>

Derrière ces initiatives, on sent poindre une nouvelle conception, « technologique », de la préoccupation essentielle qui conditionne l'efficacité de tout système de paiement, soit sa sécurité.

Ainsi, en matière d'instruments de transfert électronique de fonds, les tribunaux avaient déjà sanctionné un opérateur pour avoir mis sur pied un système de paiement qui ne permettait pas aux clients de faire bloquer une carte perdue ou volée à certains moments (les week-end, les nuits et jours fériés) et d'empêcher l'utilisation abusive par des tiers.

*"En mettant sur pied un système qui se trouve complètement bloqué au niveau de la sécurité durant les week-end, alors que c'est précisément à ce moment que le système est le plus susceptible d'être utilisé notamment par les voleurs, sans en avertir de façon claire et précise les utilisateurs, le banquier a commis une faute. La banque étant un professionnel, elle doit mettre sur pied un système offrant un maximum de garantie contre les utilisations frauduleuses"*<sup>268</sup>.

---

<sup>265</sup> Voir E. Wymeersch, « Aspects juridiques de certains nouveaux moyens de paiement.-Aperçu descriptif pour la Belgique », *Revue de la Banque*, Vol. 1995, n° 30, p. 27.

<sup>266</sup> *Ibid.*, n° 31.

<sup>267</sup> X. Thunis, *Responsabilité bancaire et automatisation des paiements*, Presses Universitaires de Namur, 1996, pp. 29-30, n° 17.

<sup>268</sup> Just. Paix, 2<sup>e</sup> canton Verviers, 23 novembre 1984, Civ. Verviers, 8 janvier, D.C.C.R., 1989, p.93 ; J.P. Buyle, la carte de paiement électronique, in *la banque dans la vie quotidienne*, Editions Jeune Barreau Bruxelles, 1986, p.479.

Cette obligation de mettre à la disposition du titulaire d'un instrument de transfert électronique de fonds les moyens appropriés lui permettant d'effectuer à tout moment une déclaration de perte ou de vol, de lui fournir un moyen d'identification permettant de prouver la notification et d'empêcher toute nouvelle utilisation dudit instrument dès réception de la notification est actuellement prévu dans la loi<sup>269</sup>.

**44. Suite** – Parfois, le réseau de transmission utilisé et sa fiabilité échappent à la maîtrise de la banque. Il fait intervenir un tiers transporteur ou un gestionnaire privé, tel que la société Banksys<sup>270</sup>. Cette dernière s'engage à un certain niveau de qualité de système qu'elle met à disposition essentiellement en terme de sécurité et de fiabilité<sup>271</sup>.

Impliquée également dans la qualité du système, quoi qu'au titre de superviseur et dans une perspective d'intérêt général, la Banque Nationale de Belgique veille plus particulièrement à son efficacité et à sa solidité, particulièrement dans l'optique d'une maîtrise du risque systémique.

A ce titre, elle pourrait engager sa responsabilité s'il devait apparaître, par exemple, que toutes les mesures raisonnables n'ont pas été prises en vue de maîtriser les facteurs de risque systémique raisonnablement prévisibles du système.

Dans une affaire remarquable, la question a été soumise aux magistrats des référés de savoir si l'obligation de mise à disposition du système, à prestations successives par nature, était ou non, dans le cadre des rapports noués avec les commerçants, une obligation de

---

<sup>269</sup> Article 6, 5° et 7° de la loi du 17 juillet 2002 relative aux opérations effectuées au moyen d'instruments de transfert électronique de fonds.

<sup>270</sup> Ce paragraphe reprend les idées développées dans J.P. Buyle, O. Creplet, La responsabilité des gestionnaires des systèmes de paiement électronique, apprécié dans le contexte global de ceux-ci, in Aspects juridiques de paiement électronique, T. II, Kluwer, 2004, spéc. aux n° 21 et 22.

<sup>271</sup> Sur la notion de sécurité d'un système de transfert électronique de fonds, les diverses dimensions que recouvre ce concept (disponibilité du système, intégrité et confidentialité des données, protection contre les risques d'accès non autorisé et d'usage abusif...), et sur les mesures traditionnelles permettant d'offrir un niveau de sécurité satisfaisant, voyez X. Thunis, "Responsabilité du banquier, op. cit., p.31 et s., n° 21 à 24-2.

La sécurité d'un système de paiement est, bien entendu, un facteur essentiel de confiance des utilisateurs dans celui-ci.

On peut citer, à titre exemplatif, plusieurs manifestations de cette préoccupation sécuritaire omniprésente.

Ainsi, la sécurité des transferts à l'intérieur du réseau de la société Banksys, tant au niveau de la circulation d'informations lors des transactions effectuées avec la carte que lors de la fabrication des cartes elles-mêmes, est assurée par un périphérique de codage des données : celui-ci code et décode les données qui circulent sur le réseau, de sorte qu'il est impossible à quiconque ignore le code de déchiffrer les communications. Autre exemple : l'utilisation de la technologie de la carte à puce fut motivée, entre autres, par le souci de sécuriser des transactions effectuées en mode off line.

Récemment, les efforts en termes de sécurité de sont concentrés sur les paiements à distance, où les risques de fraude restent élevés. A cet égard, Banksys et Bank Card Company ont mis au point le label de sécurité BANXAFE pour les transactions effectuées via internet dont le but est de garantir au moins le même degré de sécurité sur internet que pour une transaction électronique classique. Le système repose sur la création d'un portefeuille virtuel contenant les diverses cartes bancaires que l'utilisateur désire utiliser sur internet. L'accès à ce portefeuille virtuel se fait via l'insertion, dans un lecteur de cartes C-ZAM/PC, de la carte de débit et du code secret. Par ailleurs, une nouvelle solution de paiement par carte bancaire de crédit sur Internet, supportée par Visa et MasterCard, a été récemment mise sur pied. Elle a pour objectif principal de réduire les risques de fraude en permettant à l'émetteur d'authentifier le porteur de la carte lors de toute transaction.

résultat.<sup>272 273</sup>

L'enjeu de la question était important : si la fourniture par la société Banksys d'un accès à son réseau correspond à une obligation de résultat, la moindre interruption de cette fourniture et présumée fautive, sauf au fournisseur d'accès à démontrer que cette interruption est le fruit d'un cas de force majeure.

Ayant constaté certaines perturbations du réseau à l'approche de l'arrivée de l'EURO, un certain nombre de commerçants et d'associations défendant les intérêts de ceux-ci assignèrent la société Banksys, en référé, aux fins de l'entendre ordonner à assurer un fonctionnement continu de son réseau de paiement électronique, sous peine d'une astreinte pour chaque jour d'interruption du système.

Statuant en référé, le Président du tribunal de première instance<sup>274</sup> estima que les commerçants n'établissaient pas que la société Banksys était engagée, de façon absolue, à garantir le fonctionnement continu du système de paiement.

A l'appui de sa décision, le magistrat releva d'abord, fort judicieusement selon nous, que le service fourni par la société Banksys étant, par nature en partie dépendant de facteurs externes (notamment le fonctionnement du réseau de téléphone), celle-ci n'avait pu vouloir en garantir l'infailibilité.<sup>275</sup>

Il se fonda également sur une disposition du contrat conclu avec le commerçant qui limitait l'étendue de la responsabilité de la société Banksys au dommage découlant directement d'une faute dans le fonctionnement du terminal et/ou du computer géré(s) par celle-ci, dûment établie par le commerçant.

Saisie par les commerçants, le Cour d'appel de Bruxelles<sup>276</sup> fut cependant d'un tout autre avis.

Elle se fonda, notamment sur d'autres dispositions de la convention, qui stipulaient que tant Banksys que les banques affiliées à son réseau s'engagent à exécuter les transferts correctement et à temps et, plus particulièrement, que le commerçant est crédité du montant des transactions qui ont été exécutées sur son terminal, dès lors que le computer central de Banksys a reçu l'ordre de transfert électronique.

---

<sup>272</sup> Relevons que la disponibilité permanente du système géré par la société Banksys est encouragée par certains procédés techniques. Ainsi, l'ordinateur central géré par celle-ci fonctionne sur le modèle du tandem (ce qui lui vaut son nom d'ailleurs, semble-t-il) : en cas de problème informatique, un second ordinateur relaie l'ordinateur défaillant sans interruption du système. Le réseau de communication lui-même est organisé de manière à assurer la continuité de l'acheminement des messages en cas de coupure d'une ligne.

<sup>273</sup> La distinction entre l'obligation de moyen et de résultat repose sur une interprétation de la commune intention des parties. L. Cornelis, *Algemene theorie van de verbintenis*, Intersentia, 2000, p.554, n° 439 ; Cass., 3 mai 1984, Arr. Cass. 1983-1984, p.1147 ; Cass. 18 mai 1990, Arr. Cass., 1989-1990, p.1195. C'est donc bien souvent –comme ce fut le cas en l'espèce– à la lumière d'un examen concret de la convention que la question peut être tranchée.

<sup>274</sup> Civ. Bruxelles (Prés.), 20 juillet 2001, R.D.C., 2001, p.771, note F. De Clippele.

<sup>275</sup> Sur ces facteurs externes, voyez F. DE CLIPPELE, "De betaling door middel van de elektronische overdracht van geldmiddelen", Kluwer, R & P, 2003, p.62 et le commentaire de cet auteur sous l'arrêt de la Cour d'appel de Bruxelles du 26 février 2002, R.D.C., 2002, p.787.

<sup>276</sup> Bruxelles, 26 février 2002, R.D.C., 2002, p.384 ; D.C.C.R., 2002, p.73 ; Dr. banc. fin., 2002, p.175.

La Cour d'appel déduisit de cette disposition qu'elle signifiait, à tout le moins, que le transfert devait être exécuté promptement, soit immédiatement après l'introduction du code secret de la carte.

Par un raisonnement dont les fondements nous paraissent critiquables, la Cour ajouta que Banksys fournissant son système de paiement à titre de substitut au paiement en monnaie fiduciaire, elle s'engageait à ce qu'un ordre de transfert de fonds soit doté de la même effectivité qu'une transfert manuel de monnaie fiduciaire, de sorte que le cocontractant de Banksys, devait pouvoir s'attendre à tout moment à ce que le terminal soit opérationnel.

En mettant à disposition son infrastructure informatique, Banksys s'engage ainsi, conclut la Cour, à un résultat précis, étant qu'un ordre de transfert de fonds puisse toujours être réceptionné par le système et transmis vers le compte du commerçant à créditer.

Aussi est-elle tenue, sauf cause étrangère, à la fourniture continue de son système, tout en réservant également, -assez curieusement d'ailleurs- l'hypothèse de pauses nécessaires au fonctionnement du système de paiement qui auraient fait l'objet d'une annonce préalable.

La Cour souligna, enfin, que la société Banksys disposait d'un monopole, en telle sorte qu'en cas d'inexécution, le cocontractant n'a pas la possibilité de s'adresser à un autre fournisseur d'un service similaire, sans que cet élément ne paraisse cependant avoir déterminé sa décision quant à la nature de l'obligation.

Comme l'a fort bien montré Monsieur Steennot dans son commentaire de cet arrêt<sup>277</sup>, l'argument déduit de l'engagement de la société Banksys<sup>278</sup> d'exécuter à temps les transactions acceptées par le terminal était impuissant à fonder une obligation de résultat en termes de disponibilité du système.

Cet engagement ne porte que sur les cas dans lesquels un ordre a effectivement été transmis au computer central de la société Banksys et a été autorisé par celui-ci.

Autrement dit, il s'exprime au niveau du fonctionnement même du système, mais non en périphérie de celui-ci, au niveau de sa disponibilité.

Un pourvoi en cassation a été interjeté à l'encontre de cet arrêt, mais il a été rejeté, sur ce point du moins, par la Cour de cassation dans un arrêt du 6 décembre 2002<sup>279</sup>.

Il semblerait qu'aucune décision au fond ne doive intervenir dans le cadre de cette affaire, les demandeurs s'étant désistés de leur action.

---

<sup>277</sup> R. Steennot, "De aard van de verbintenis om een elektronisch betalingssysteem ter beschikking te stellen", *Dr. banc. fin.*, 2002, p.175 et s. L'auteur relève également de façon très intéressante, que la loi sur les opérations effectuées au moyen d'instruments de transfert électronique de fonds ne contient aucune disposition concernant les conséquences de l'indisponibilité du système, la responsabilité de l'émetteur n'étant établie que pour les cas d'inexécution ou d'exécution fautive de transactions introduites sur le terminal (et acceptées par celui-ci) ou pour les cas d'utilisation abusive de l'instrument.

<sup>278</sup> Et des banques affiliées semblait préciser le contrat à l'époque, ce qui, selon nous, tend à confirmer que la société Banksys ne prend aucune obligation personnelle de créditer le compte du commerçant.

<sup>279</sup> Cass. 6 décembre 2002, n° C.02.0171.N

**45. La location de coffre-fort** - L'entreprise, propriétaire de valeurs mobilières, souhaitant se prémunir contre vol, la destruction ou d'autres dangers de perte dépose ses titres chez un banquier qui en assume la garde (contrat de dépôt de titres) ou en louant un coffre-fort où elle les enfermera.

Ce dernier contrat, appelé contrat de coffre-fort ou plus communément contrat de location de coffre-fort, Frédéricq définit comme « *la convention par laquelle, moyennant paiement d'une somme convenue, la banque met à la disposition exclusive de son client une case blindée, munie d'une serrure perfectionnée, située généralement dans des caves spécialement gardées et aménagées pour assurer la conservation des objets qui y sont placés* ». <sup>280</sup>

Le contrat de location de coffre-fort est un contrat complexe qui tient à la fois au louage de choses et au louage d'ouvrage.

La location de coffre fort n'est pas un véritable contrat de location au sens des articles 1708 et suivants du Code civil. Le banquier a principalement une obligation de surveillance et de sécurité, qui n'existe dans le contrat de location que de manière accessoire.

En outre, le client ne peut pas jouir librement de son coffre, auquel il n'a accès qu'avec le concours du banquier.

Le contrat de coffre-fort n'est pas non plus une simple convention de dépôt, au sens de l'article 1915 du Code civil. En effet le banquier n'est pas dépositaire. Le banquier ignore ce que le coffre contient et n'est pas détenteur des objets déposés. En tant que bailleur du coffre-fort lui-même, il n'assume, quant à la protection de son contenu, que des obligations de surveillance et de sécurité, et non spéciales à ce contenu. <sup>281</sup>

L'obligation de surveillance du banquier trouve son fondement soit dans la convention elle-même, soit dans les usages en vertu desquels le contrat s'est établi et s'exécute en pratique et qui s'incorporent de plein droit au contrat, par application de l'article 1135 du Code Civil.

L'obligation de surveillance vise les lieux où sont situés les coffres et non le contenu de ces derniers. Elle oblige, d'une part, le banquier à « *sécuriser* » la salle des coffres, via notamment un dispositif de protection contre les incendies, les explosions ou les inondations ainsi que contre les cambriolages et hold up et, d'autre part, à contrôler l'accès à ladite salle des coffres.

Une controverse existe quant au point de savoir si cette obligation de surveillance et de garde voire de sécurité, est de moyen ou de résultat.

Cette distinction est importante dans la mesure où la partie qui invoque l'inexécution d'une obligation de résultat doit uniquement prouver l'existence de cette obligation et le fait que

---

<sup>280</sup> L.Fredericq, Traité de droit commercial belge, T.IX, Ed. Fecheyr, 1952, p. 356 et svts ; v. également H. De Page, Traité élémentaire de droit civil belge, T. IV, Bruylant, 1972, p. 955, n°830 ; J. Van Rijn, J. Heenen, Principes de droit commercial belge, T.IV, 1988, n°694 et 695.

<sup>281</sup> Les observations qui suivent sont extraites de J.P. Buyle, N. Daubies, Le contrat de location du coffre-fort et le droit commun du bail, éditions La Charte, à paraître.

le résultat n'a pas été atteint.<sup>282</sup> Le débiteur ne peut se libérer qu'en établissant la force majeure. Par contre, la partie qui invoque l'inexécution d'une obligation de moyen doit également prouver que le débiteur a commis une faute.

Le critère de distinction entre les deux types d'obligations, dérive de la volonté des parties en ce qu'elles ont entendu ou non que le résultat auquel l'une des deux s'engageait, soit soumis à un aléa<sup>283</sup>.

L'application de ce critère ne nous apparaît toutefois pas fournir une solution évidente à la controverse existante concernant l'analyse de l'obligation de surveillance du banquier.

Les partisans de l'obligation de résultat, estiment fonder leur analyse sur base des aléas que le banquier a entendu assumer au terme du contrat de coffre fort, au motif que « *la surveillance constante de locaux bien aménagés donne toute chance de protéger intégralement l'objet qui y est placé et le banquier peut, mieux que quiconque, rendre compte des circonstances de la non-obtention du résultat* »<sup>284</sup> ou encore que « *le banquier est un professionnel et c'est précisément en raison de la solidité de ses installations et de la surveillance qu'il est à même d'assumer que les particuliers s'adressent à lui pour entreposer leurs objets précieux et toute sécurité* ». <sup>285</sup>

Un tel raisonnement nous apparaît bien plus tenir de la pétition de principe que d'une véritable démonstration de l'existence d'une obligation de résultat dans le chef du banquier.

Si personne ne conteste que l'obligation de sécurité soit essentielle pour le client et que ce soit en raison de la sécurité offerte par les locaux de la banque que ce dernier « loue » un coffre-fort, ceci ne nous apparaît nullement entraîner que l'obligation de sécurité de la banque soit une obligation de résultat par rapport aux objets spécifiques déposés par le client dans son coffre.

On a, à cet égard, déjà exposé, que la banque ne contractait pas d'obligation de restitution par rapport à ces objets. L'obligation de surveillance du banquier est générale et non spéciale par rapport au contenu du coffre.

Dans ce cadre, il nous apparaît qu'au même titre que le client a conclu un contrat de coffre-fort en raison de la sécurité offerte par les locaux de la banque, on peut affirmer que dans l'esprit du client le risque zéro n'existe pas et que ce dernier est parfaitement conscient que la banque, quelles que soient les mesures de sécurité qu'elle met en place, est soumise à un risque de cambriolage. On peut ainsi estimer que la volonté des parties, est que la banque fasse preuve de toute la diligence possible pour que la sécurité de la salle des coffres soit garantie, tout en sachant que des risques, notamment de

---

<sup>282</sup> V. Simonart, Les problèmes posés par le contrat de coffre-fort quant à la responsabilité des banques et la réglementation des offres conjointes, DAOR, 1990, liv.16, p.83 ; P. Van Ommeslaghe « examen de jurisprudence – Les obligations », R.C.J.B., 1975, n°54, p.516.

<sup>283</sup> Cass., 2 mai 1982, Arr. Cass., 1983-84, p.1147, n°508 ; Cass., 18 mai 1990, Arr.Cass., 1989-90, p.1195, n°549.

<sup>284</sup> Tunc, « Le contrat de garde », Dalloz 1946, I p.365, cité in A. Van Maele, Nouvelles-Droit bancaire, livre III V° coffre-fort, n°109, p.398.

<sup>285</sup> V.Simonart, loc. cit., p.83.

cambrilage, existent.

Partant de cette considération, il ne nous paraît pas illogique, contrairement à l'opinion des partisans de l'obligation de résultat, que la responsabilité assumée par le banquier soit différente en cas de dommage subi par le client à cause d'un vol ou à cause d'un vice de la salle des coffres, pour lequel le banquier assume une obligation de résultat, conformément à ce qui est exposé, ci-dessus.

En effet, il nous apparaît participer d'une certaine logique que le client preneur de coffre ait eu conscience du risque pour la banque de subir un cambriolage mais, par contre, n'ait pas envisagé que la salle des coffres puisse être affectée d'un vice qui mettrait en danger le contenu de son coffre.<sup>286</sup>

Dans un arrêt du 11 mai 2000, la Cour d'appel de Bruxelles<sup>287</sup> a expressément refusé de considérer que le contrat de coffre-fort faisait peser sur la banque une obligation de résultat consistant à restituer les valeurs déposées dans un coffre-fort.

Selon la Cour d'appel, l'obligation de sécurité de la banque est assurée par la mise à disposition du client d'un coffre muni d'un système de sécurité ne pouvant être actionné que par le « *locataire* » ayant la combinaison secrète d'ouverture de ce coffre ainsi que la carte d'accès à la salle des coffres.

On notera, par contre, que la jurisprudence française considère dans sa grande majorité que l'obligation de surveillance du banquier, est une obligation de résultat<sup>288</sup>.

Indépendamment de la question de l'analyse de l'obligation de surveillance du banquier, il n'est pas contesté que de cette obligation découle un devoir dans le chef du banquier de contrôler l'accès à la salle des coffres.

En principe, ce contrôle implique que l'identité des personnes désirant accéder aux coffres soit vérifiée, même lorsqu'elles détiennent la clef du coffre. Seul le preneur de coffre-fort, un fondé de pouvoir ou un représentant légal du preneur, peut avoir accès au coffre.

L'obligation d'exercer un contrôle de l'accès au coffre est également une obligation fiscale dans le chef des banques, au terme de l'article 101, 2° de la loi fiscale régissant la perception des droits de succession<sup>289</sup>.

Si l'obligation de vérification est une obligation de moyen, une abstention dans le chef de la banque de contrôler l'accès à la salle des coffres, constitue indiscutablement une faute.

---

<sup>286</sup> Il ne fait à ce propos aucun doute que les cas de braquage de banque sont bien plus fréquents que les cas d'inondation de salles de coffres, causés par un vice de la salle des coffres.

<sup>287</sup> Bruxelles, 11 mai 2000, R.D.C., 2001, p.833, note J.P. Buyle et M. Delierneux.

<sup>288</sup> Cass.Fr., 10 fév. 1946, D., 1946, p.365 ; Cass.Fr., 29 oct.1952, Bull.civ., III, n°326, p.249;T.G.I. Paris, 13 fév. 1992 ; Jurisdata, n°1992-051244 ; Cass. Fr., 15 nov. 1988, D. 1989, P. 349, note P. Delbecque ; TGI Marseilles, 21 mars 1989, Banque et Droit, 1989, p. 22 ; Paris, 20 février 1985, D., 1985, Somm. 1985, p.344 ; Paris, 19 avril 1984, D., 1985, Somm. 345, J.C.P., 1985.II.20367, obs. Prevault ; Comm. Paris, 15 janvier 1985, Bull.civ., IV, n°23.

<sup>289</sup> M. Dassesse, « La Banque, le client et le fisc dans la vie quotidienne », in *La Banque dans la vie quotidienne*, Bruxelles, éd.JB, 1986, pp.253-256.

Cette abstention est même considérée par certains auteurs comme une faute grave dont la banque ne pourrait s'exonérer à l'égard des consommateurs.

Néanmoins, dans l'arrêt précité du 11 mai 2000, la Cour d'appel de Bruxelles a considéré que le banquier n'avait pas l'obligation de contrôler systématiquement l'identité des personnes accédant à la salle des coffres.

Cette dispense de l'obligation de contrôle d'identité et de la qualité des visiteurs dans le chef du banquier nous apparaît des plus discutables.<sup>290</sup>

## **CONCLUSION**

**46. Observations finales** - Ce bref examen des devoirs du banquier à l'égard de l'entreprise nous a montré que le nombre d'obligations mises à charge des établissements de crédit a augmenté ces dernières années. Ceci résulte à la fois de l'intervention accrue du législateur, des autorités de contrôle et de la profession elle-même (auto-régulation, codes de bonne conduite...) dans plusieurs domaines (par exemple en matière de blanchiment, d'opérations en compte ou d'opérations sur instruments financiers) et de l'évolution de la jurisprudence en matière de responsabilité professionnelle.

Alors que certains devoirs s'amplifient (information, vigilance, sécurité, diligence), d'autres voient leur contenu s'éroder (devoirs de non ingérence dans les affaires du client ou de discrétion professionnelle).

Le banquier est souvent, comme tout professionnel, confronté à des conflits de devoirs (« *les fameux dilemmes* ») : vigilance versus non-immixtion et protection vie privée, vigilance versus discrétion, intérêts de la banque versus intérêts du client et loyauté, information versus discrétion... Ces conflits se résolvent habituellement par l'application du principe de proportionnalité.

Le comportement attendu du banquier est finalement assez comparable à celui du dirigeant de l'entreprise. Il y a un certain parallélisme entre leurs devoirs respectifs.

Les devoirs d'information et de transparence sont au cœur du droit des sociétés.

Les obligations de diligence et de vigilance sont essentielles dans le chef d'un administrateur. Le droit des sociétés et des faillites sanctionne en particulier par la faute de gestion le manquement à ces devoirs. Les conflits d'intérêts concernent tout autant l'entreprise que le banquier. Si le banquier est tenu au secret, l'entreprise est très attachée à ses secrets d'affaires, spécialement en droit de la concurrence.

L'examen en particulier de six devoirs (information, vigilance, discrétion, diligence, loyauté et sécurité) nous a permis de mieux cerner les fondements, les limites et le contenu des

---

<sup>290</sup> Cf. J.P. Buyle et M. Delierneux, note sous Bruxelles, 11 mai 2000, R.D.C., 2001, p.833.

responsabilités plurielles des établissements de crédit à l'égard de l'entreprise.

Jean-Pierre BUYLE  
Denoal GOFFAUX

