

« LES ACTIVITES BANCAIRES A L'EPREUVE DES REGLES DU DROIT COMMUN »

NIDAA SABEK
Avocat à la Cour
DEA en Droit Privé

L'activité bancaire tend à donner une coloration particulière aux éléments qu'elle puise dans les règles du droit commun, pour adapter les principes fondamentaux au milieu juridique dans lequel elle s'exerce. Or il n'existe pas d'opération bancaire émanant d'une typologie et d'un régime juridique qui lui soit absolument propre. Ainsi le droit bancaire adapte à ses besoins les principes fondamentaux des textes de portée générale. Les techniques juridiques empruntées au droit commun se révèlent comme un mécanisme juridique, qui permet d'impliquer, dans un but unique, des rapports juridiques distincts.

Ce montage juridique complexe mêlant, par exemple, des textes des Codes Civil, du Commerce, de Procédure Civile, Pénal, et même de l'Arbitrage pour certaines opérations bancaires... évoque plusieurs questions:

- Cette imbrication juridique a-t-elle réussi à placer les activités bancaires et les règles du droit commun dans un milieu juridique homogène ?
- L'application des règles du droit commun aux activités bancaires a-t-elle remplacé les règles du droit bancaire, ou bien une intervention législative en la matière doit-elle combler ces lacunes?

Les règles du droit commun l'emportent le plus souvent sur les règles spécifiques de l'activité bancaire. Les règles spécifiques ne peuvent déroger aux règles de droit commun qui sont exprimées dans les lois (Code civil notamment) lorsque la règle spécifique est énoncée dans un texte de rang inférieur (décrets, arrêtés, directives du Conseil National de Crédit, réglementation professionnelle). Cependant, des réglementations spécifiques concernant l'activité bancaire peuvent altérer les principes du droit commun. Ils en précisent l'application. Les questions qui se posent sont:

- Quelles sont les dispositions spécifiques régissant les activités bancaires qui dérogent aux règles du droit commun ?
- La soumission des activités bancaires aux règles du droit commun ne risque-t-elle pas de porter atteinte à l'autonomie et l'originalité du droit bancaire ?

Les effets de la mondialisation tendent à uniformiser le droit bancaire en tant que droit international, et soulèvent la question suivante:

- La soumission des activités bancaires aux restrictions des règles du droit commun, est-elle une barrière traditionnelle, qui interdit la coordination et l'unification complète des législations nationales dans le but de réaliser des établissements de crédit internationaux?

L'étude des questions évoquées sera abordée en deux parties:

La **première partie** sera consacrée à la soumission des activités bancaires aux règles du droit commun.

La **deuxième partie** sera consacrée à la dérogation de la réglementation bancaire aux principes généraux.

Première Partie

La soumission des activités bancaires aux règles du droit commun

En fait, il y a une soumission des activités bancaires à la logique héritée des principes généraux du droit commun, en tant que régime juridique qui régit les opérations de banque, et les banquiers qui gèrent ces opérations.

A- La soumission des opérations bancaires aux règles du droit commun

Les opérations bancaires ne sont pas autre chose que des contrats bancaires, le contrat bancaire ne revêt pas sa spécificité qu'en raison du pouvoir des banques dans les sociétés d'économie libérale et du déséquilibre contractuel qui, bien souvent, en résulte. Paradoxalement, la loi promulguée par le décret-loi n° 13513 du 1^{er} août 1963 instituant le Code de la monnaie et du crédit (CMC), avec toutes ses modifications relatives à l'activité et au contrôle des établissements de crédit, ne fait aucunement référence aux contrats bancaires. Certains aspects de l'activité ont bien fait l'objet d'une réglementation mais les contrats bancaires restent, pour l'essentiel, soumis au droit commun. A défaut d'un droit des contrats bancaires, voire d'une spécificité du droit régissant ces contrats, il faut étudier comment les règles du droit commun peuvent rétablir l'équilibre, d'une part entre les nécessités du financement et les risques de l'endettement et, d'autre part, entre la liberté contractuelle d'entreprise et les phénomènes d'adhésion propre au consumérisme.

Les contrats bancaires seront étudiés dans la mesure où l'on applique les règles du droit commun des contrats.

1- La formation des contrats bancaires

Les principes découlent de l'article 177 du Code des obligations et des contrats (COC). Les règles générales et les éléments constitutifs du contrat (les conditions

de la validité du contrat) concernant sa formation, nécessitent le consentement des deux parties qui doit être exempté de vices, le client de la banque doit être capable de s'engager, l'objet dépend essentiellement du droit spécial des contrats bancaires et de l'existence de la cause de l'obligation.

Il faut préciser que les contrats bancaires se forment par l'échange des consentements ; le principe du consensualisme, en raison de *l'intuitu personae*, caractérise les opérations de banque. L'accord du banquier comme celui du client est indispensable. La publicité faite par les banques est beaucoup trop impersonnelle pour constituer une offre faite au public de nature à entraîner la conclusion du contrat par l'acceptation du client.

2- Le contenu du contrat bancaire

En France, la Cour de cassation a pu rappeler au monde bancaire, en matière de contenu du contrat bancaire que les opérations de banque n'échappaient pas aux règles de droit commun.

Les arrêts de la Chambre Commerciale de la Cour de cassation visent les articles du Code Civil. A titre d'exemple: le deuxième alinéa de l'article 1907 (le taux d'intérêt doit être mentionné par écrit), au Liban reprend l'article 767 alinéa 2 du Code des obligations et des contrats (art. 767-2COC). L'article 1129 (l'objet de l'obligation doit être déterminé), les articles 189 et 190 du Code des obligations et des contrats (COC). L'article 1131 (l'obligation sans cause est nulle), l'article 177 COC. L'article 1937 du Code civil (le dépositaire n'est libéré que s'il paie sur l'ordre émanant du déposant), l'article 705 COC qui régit la restitution du dépôt. De prétendus usages ne peuvent éluder l'application de ces principes fondamentaux du droit positif.

C'est ainsi, le contenu des contrats bancaires doit respecter toutes les règles du droit commun applicables en matière contractuelle, qu'il s'agisse de celles qui limitent les possibilités d'indexation du contrôle des changes, du régime des clauses pénales, ou encore des clauses limitatives de responsabilité. La contrainte la plus sévère résulte certainement de l'interdiction de l'usure, la situation en France est régie par la loi du 28 décembre 1996 qui limite le montant de la rémunération du banquier dans la plupart des opérations de crédit. Cette loi a été codifiée aux articles L. 313-1 et suivants du Code de la consommation, mais elle demeure applicable à tous les crédits, quelque soit leur bénéficiaire. Au Liban, conformément à la loi de 1939 sur l'usure, ainsi qu'à l'article 661 du Code pénal libanais, seuls sont soumis à l'usure les contrats à des fins non commerciales. Or étant donné qu'aux termes de l'article 4 de la loi n° 5439 du 20 septembre, 1982 (relative aux exemptions fiscales et dispositions visant à développer le marché financier au Liban) les contrats conclus avec les banques et les établissements financiers sont réputés commerciaux en ce qui concerne le taux d'intérêt, il en résulte que ces contrats échappent au domaine de l'usure.

3- La preuve du contrat bancaire

En ce qui concerne la preuve des contrats bancaires, ce sont les règles du droit commun qui s'appliquent aux contrats bancaires. Entre la banque et son client commerçant, c'est le régime de la liberté des preuves qui s'applique selon l'article L. 110-3 du Code du commerce français, et l'article 257 du nouveau Code libanais de procédure civile. Entre la banque et un client non commerçant, c'est le régime des actes mixtes qui s'applique, la banque doit fournir à l'encontre de son client les modes de preuve admis par le droit civil selon les articles 1341 et S du Code civil, et l'article 254 du nouveau Code de procédure civile. Alors que la preuve est libre en matière d'action dirigée par le non-commerçant à l'encontre de la banque. En ce qui concerne l'automatisme des opérations effectuées par l'ordinateur, la jurisprudence s'efforce de prendre en considération le développement de l'informatique et son influence inéluctable sur le droit de la preuve.

4- L'interprétation des contrats bancaires

En ce qui concerne l'interprétation des contrats bancaires, les principes d'interprétation des conventions, exprimés aux articles 1156 et S du Code civil et concernés par les articles 366 et S du COC, s'appliquent aux contrats bancaires. Il faut toutefois prendre en compte les données pratiques originales qui tiennent à la technicité des opérations de banque, pour reconstituer la volonté réelle des parties, or les parties sont censées vouloir tous les effets dont l'usage et la pratique bancaire ont doté le mécanisme qu'elles utilisent.

5- L'exécution des contrats bancaires

L'exécution des contrats bancaires s'applique selon les règles du droit commun. Donc, il est significatif que toute une série de contrats bancaires très répandus (découverts, facilités de caisse, escompte...) aient pu se développer selon le droit commun. A titre d'exemple l'*affacturage* ou *Factoring*, introduit à l'inspiration des pratiques américaines ou anglaises a pu, sans texte particulier, être mis au point sur la base de techniques du Code civil.

Le droit français admet la saisissabilité des sommes objets d'un contrat bancaire dans la mesure où elles constituent une créance certaine, liquide et disponible du client sur la banque dans les conditions du droit commun.

Au Liban, le solde créditeur du compte est insusceptible de saisie conformément à l'article 4 de la loi du 3 septembre 1956 relative au secret bancaire, mais la saisie conservatoire sur le solde du compte courant est expressément consacrée par l'article 887 du NCPC. Ainsi la saisie-exécution est constatée en ce qui concerne les fonds déposés dans les coffres-forts par l'article 917 NCPC.

B- La soumission des banquiers aux règles du droit commun

La soumission des banquiers aux règles du droit commun implique la responsabilité comme les devoirs généraux du banquier.

1- La responsabilité du banquier: Toutefois l'application des principes généraux aux établissements de crédit a donné naissance à une responsabilité professionnelle qui est soumise aux règles du droit commun de la responsabilité (règles du droit commun). Ainsi la responsabilité du banquier peut être pénale comme elle peut être civile.

a- La responsabilité pénale: Il peut s'agir d'une responsabilité pénale dans la mesure où le banquier, ou ses préposés, peuvent commettre des fautes réprimées par le droit pénal, en particulier l'article 210-2 du Code Pénal libanais qui consacre expressément la responsabilité pénale des personnes morales. Elle peut résulter de l'accomplissement de délits, qui ont un rapport plus particulier avec l'activité bancaire, (les articles 319, 356, 655 du Code pénal). La jurisprudence concerne surtout les banquiers complices de banqueroutes, par fourniture de moyens ruineux de crédits, à des entreprises en état de cessation de paiement ; ou en matière de chèques, des infractions pénales sont prévues dans la mesure où le banquier tiré n'observe pas les formalités qui lui sont imposées. De même, la violation du secret professionnel est sanctionnée par les peines prévues par l'article 226-13 du nouveau Code pénal français, et l'article 579 du Code pénal libanais.

b- La responsabilité civile: Elle relève des règles du droit commun qui s'appliquent, or il n'existe pas une distinction à opérer entre la responsabilité bancaire et la responsabilité du droit commun. Le banquier joue un rôle important dans l'économie et son action peut avoir des répercussions préjudiciables aux tiers. Il devra alors réparation selon les termes de l'article 127 COC et de l'article 1382 du Code civil. Dans tous les cas, la responsabilité de la banque ne peut être engagée que dans la mesure où le client, ou un tiers, démontre la réunion de trois conditions classiques:

- 1) *L'existence d'une faute commise par le banquier.*
- 2) *L'existence d'un préjudice subi.*
- 3) *L'existence d'un lien de causalité entre la faute et le préjudice.*

1- La responsabilité contractuelle:

La responsabilité civile du banquier est généralement contractuelle. Elle trouve son existence dans les rapports du banquier avec ses clients, lorsqu'elle résulte de l'inexécution d'une obligation née d'un contrat, ou d'une exécution défectueuse des devoirs et obligations du banquier, au terme de l'article 138 du COC. Les clauses de non responsabilité sont valables conformément aux règles du droit

commun, dans la mesure où elles exonèrent le banquier des conséquences de ses fautes légères, mais elles ne peuvent pas l'exonérer de ses fautes lourdes. Par exemple: le retard dans la présentation au paiement d'un effet de commerce est une faute lourde si l'effet avait été remis au banquier avant son échéance.

A cet effet, la jurisprudence n'exige pas une faute grossière ou lourde, mais une simple faute légère dans les termes d'un mandataire salarié, selon les articles 785 et 786 du COC et les articles 1991, 1992 du Code civil. En réalité c'est la notion du risque suscité par l'inégalité des relations contractuelles, en tant que fondement de la responsabilité, qui est à l'origine de la sévérité de la jurisprudence.

2- La responsabilité délictuelle:

La responsabilité du banquier peut être de nature délictuelle en cas de fautes commises à l'égard des tiers. L'activité du banquier peut quelques fois être une source de préjudice. C'est le cas lorsque le banquier prête trop facilement son concours à des entreprises dont la situation financière est irrémédiablement compromise ou désespérée, aggravant de la sorte leur passif alors qu'elles sont à la veille d'une liquidation des biens. Certes, les tribunaux recherchent la faute du banquier à partir des articles 122 et 123 du COC libanais et des articles 1382 et 1383 du Code civil. Mais la responsabilité peut « résulter de la seule imprudence » qui sera appréciée avec d'autant plus de sévérité que la banque est parfois considérée comme accomplissant une véritable mission de service public.

En ce sens, le banquier est responsable des fautes commises par ses préposés dans l'exercice de leurs fonctions. Les banques étant des personnes morales, leur responsabilité est engagée par leurs représentants et préposés. Les principes du droit commun s'appliquent. La responsabilité contractuelle de la banque suppose qu'un contrat ait été conclu par une représentation habilitée. Toutefois, en vertu de la théorie du mandat apparent, la banque peut être déclarée responsable des agissements de son préposé qui s'est présenté comme ayant les pouvoirs nécessaires. Les règles de la responsabilité des maîtres et commettants du fait de leurs préposés selon les termes de l'article 1384 du Code civil et de l'article 127 du Code des obligations et des contrats, s'appliquent sans altération.

2- Les devoirs généraux des banquiers

Trois devoirs incombent aux banquiers:

a- Le devoir de discrétion: Ce devoir souvent appelé « *devoir de non ingérence* » ou de « *non immixtion* » est le corollaire du secret dont le client a le droit d'entourer ses affaires. Le banquier ne doit pas s'immiscer dans les affaires de son client. Ainsi, le devoir de discrétion s'articule sur un devoir de surveillance pour déceler les anomalies apparentes. Un devoir de s'informer pour connaître la vérité au-delà de l'apparence. Ce devoir de surveillance n'est que le devoir de vigilance du banquier, qui l'oblige principalement à détecter les anomalies et les irrégularités manifestes.

b- Le devoir de prudence: Ce devoir n'est que l'adaptation à l'activité bancaire du devoir général de prudence énoncé par les termes de l'article 1382 du Code civil et les articles 122 et 123 du COC qui obligent le banquier à agir en bon professionnel.

c- Le secret professionnel: L'obligation du secret professionnel est le seul devoir du banquier légalement défini. Par profession, le banquier est détenteur d'informations confidentielles sur ses clients, voire sur des tiers.

En France, l'article 57 de la loi du 24 janvier 1984 a consacré largement l'obligation au secret professionnel des banques qui est sanctionné par l'article 378 du Code pénal. Désormais, l'article 226-13 du nouveau Code pénal régit le cas où il y a une révélation d'une information à caractère secret.

Au Liban la violation du secret professionnel est sanctionnée par l'article 579 du Code pénal libanais. Le secret professionnel a un domaine plus réduit que le secret bancaire. Il ne vise que les faits parvenus à la connaissance d'une personne dans l'exercice d'une profession ou d'une fonction aux actes de laquelle la loi, dans un intérêt général et d'ordre public, a imprimé le caractère confidentiel.

Le législateur libanais a répondu à la nécessité d'un secret spécifique à l'activité bancaire, en promulguant la loi du 3 septembre 1956 relative au secret bancaire, consacrant son autonomie par rapport au secret professionnel.

Deuxième Partie

La dérogation de la réglementation bancaire aux principes généraux

Pourtant les activités bancaires échappent aux règles du droit commun, en ce qui concerne les opérations bancaires et les banquiers qui gèrent ces opérations. Les contrats bancaires, envisagés dans leur ensemble, présentent de nombreuses particularités. En raison de l'originalité des techniques employées et du rôle des usages, voire la coutume, ces particularités interviennent pour faire échapper ces activités bancaires à l'application des règles du droit commun. Ces particularités feront l'objet des dérogations de la réglementation bancaire aux principes généraux. De même la responsabilité du banquier, faute de dispositions particulières, d'une part obéit au régime du droit commun, d'autre part présente une indéniable spécificité, dont il est difficile de prendre la mesure et d'en déceler les racines.

A- La soumission des contrats bancaires aux dispositions spécifiques

1- La liberté contractuelle

Les contrats bancaires se démarquent du droit commun par leur contenu qui échappe le plus souvent à la libre discussion des parties. Ces contrats méritent,

sans conteste, d'être reconnus comme de véritables contrats d'adhésion. Le client du banquier n'en discute même pas. Il lui suffit de donner son accord à un formulaire exprimant le contenu du contrat, délivré par la banque, que le client déclare bien connaître, mais que, souvent il ne l'a pas lu. L'accord du client peut même résulter d'un simple fait, comme le dépôt du spécimen de sa signature sur une fiche que le banquier conserve. En cas de contestation, les tribunaux recherchent dans quelle mesure le client a eu effectivement connaissance de la clause litigieuse. C'est le cas des formules d'ouverture de compte, des contrats de locations de coffre-fort, des actes de cautionnement de certains contrats de prêts... La question qui se pose est de savoir si les établissements financiers peuvent utiliser la liberté contractuelle pour déroger à ces modèles type aux termes de l'article 166 du COC et l'article 1101 du Code civil. Même si l'application du principe de liberté des conventions devait permettre de valider ces actes innommés, la question reste parfois âprement discutée !

Le principe de la liberté contractuelle veut que dans les contrats *intuitu personae*, chacun puisse librement choisir son co-contractant. En matière bancaire, ce principe n'est pas toujours respecté dans son intégrité. La décision des banquiers de contracter ou non, reste guidée par l'appréciation du risque encouru. Toutefois, on peut objecter que reconnaître au banquier ce droit de refus d'ouvrir un compte, risque de contrarier certaines obligations du client potentiel. Il ne faut pas perdre de vue que bien souvent l'ouverture d'un compte est imposée par la loi ou rendue nécessaire par la pratique. Quel salarié peut vivre sans être titulaire d'un compte en banque ? La problématique du refus de contracter du banquier doit être étendue aux refus de crédit et à celui d'autres prestations.

2- Les conditions de banque ou les conditions générales

Il s'agit non seulement des conditions régissant les opérations des banques (l'ouverture et la tenue des comptes, l'escompte, les opérations sur titres, les avances et ouvertures de crédit), mais aussi et surtout de la tarification de ces opérations (commissions, agios, intérêts, etc....)

On distingue, à cet égard, « les conditions débitrices (ou taux pratiqués par les prêts des banques à leurs clients) et « les conditions créditrices » (ou intérêts payés par les banques à leurs clients). Avec ces taux bancaires, qu'ils soient créditeurs ou débiteurs, la liberté est à sens unique et ce sont surtout les exigences de l'établissement bancaire qui sont respectées, en fin de compte. Ces conditions étant placées sous l'empire du consensualisme, elles doivent être convenues pour s'imposer, de même leurs modifications ont besoin d'être acceptées par le client, au sens des articles 172 et 173 du COC.

Il n'y a pas d'acceptation véritable quand un client signe un document par lequel il déclare bien connaître les conditions bancaires, alors qu'elles figurent sur un autre document qui ne lui a pas été communiqué, ni quand ces conditions figurent

sur un document adressé par la banque au client, alors que le contrat est déjà exécuté.

La réglementation des conditions générales des opérations bancaires, peut venir des professionnels eux-mêmes, c'est le cas des conventions interbancaires relatives à la compensation. Le consensualisme semble ici commander que cette réglementation ne soit opposable au client que s'il l'a connue et acceptée selon les termes de l'article 172 du COC. Ainsi les règles édictées par le comité de la réglementation bancaire sont considérées comme des actes administratifs dont les tribunaux ne peuvent sans doute pas apprécier la légalité, mais dont ils doivent assurer l'application.

3- Les usages bancaires

Les usages et la pratique professionnelle jouent un rôle important dans le domaine des opérations bancaires (contrat bancaire) où la législation est peu abondante et le droit commun mal adapté.

Le problème qui se pose est celui de l'opposabilité des usages à des personnes n'appartenant pas à la profession. Les banques ont une tendance bien naturelle à justifier par les usages professionnels un comportement critiqué par un client ou un tiers. C'est ainsi que la banque se prévaut de l'usage professionnel comme critère de la licéité de son comportement, pour démontrer que sa responsabilité n'est pas engagée, ou pour préciser le contenu d'une obligation contractuelle. Le client prétend ne pas être soumis aux usages d'une profession qui n'est pas la sienne. L'homogénéité du monde bancaire nécessite la rédaction écrite des usages ou l'élaboration d'un contrat type, ce qui facilite la diffusion des pratiques et en élargit l'autorité dès lors que le document est publié.

4- Les modes de preuve

Les écrits émanant de la banque comme mode de preuve ne sont pas toujours suffisants pour établir le contenu exact d'une convention litigieuse. Or il est parfois difficile de déterminer exactement la nature de l'opération à partir des écritures en compte. La régulation comptable révèle le résultat des opérations intervenues, mais ne les explique pas. En pratique, la banque ne formalise pas tous ses accords par écrit. Il faut alors se reporter aux écritures du compte et aux présomptions qui en résultent pour tenter de reconstituer la nature et les modalités de l'opération litigieuse. La banque prouve la réalité des opérations accomplies en produisant ses livres comptables ; et les tribunaux ont recours à une expertise pour procéder à l'examen des comptes.

5- L'exécution du contrat bancaire

Il faut noter que bien souvent interfèrent avec les règles du droit commun deux données juridiques qui précisent, mais souvent aussi modifient l'exécution des contrats bancaires. C'est ainsi que certaines formes cambiales utilisées produisent

des effets propres (acceptation ou endossement d'une lettre de change). De même l'inscription en compte courant constitue un mode d'exécution soumis à des règles juridiques originales.

B- La soumission des banquiers aux dispositions spécifiques

1- Les dérogations du banquier au secret professionnel

En raison de ses fonctions, le banquier se trouve amené à recueillir de nombreuses informations sur ses clients, ou sur des tiers. Non seulement il est tenu à un devoir de discrétion, mais il est astreint au secret professionnel sous peine d'engager sa responsabilité civile et pénale, en cas de violation du secret. Toutefois, cette obligation du secret comporte de nombreuses dérogations. En ce qui concerne des intérêts privés, le banquier peut être délié du secret bancaire avec l'autorisation de son client, de ses représentants, de ses héritiers. De même, en justice un banquier ne peut pas invoquer le secret professionnel pour refuser de témoigner, essentiellement lorsqu'il a été régulièrement appelé à déposer devant une juridiction répressive. En outre, l'obligation du secret professionnel disparaît complètement lorsque des textes en dispensent le banquier. Notamment au cas où le client fait l'objet d'une action d'enrichissement illicite introduite en application de la loi n° 154 du 27 décembre 1999, où même en cas d'existence des capitaux illégaux déterminés par la loi 318/2001 et au sens des articles 314, 315, 316 du Code pénal.

2- Les dérogations aux règles du droit commun de la responsabilité

Les responsabilités civiles des banques procèdent en général du droit commun des obligations. Cependant, à l'époque moderne, ces responsabilités ont une certaine tendance à se développer hors du droit commun. Quand les juges prennent le droit commun pour base de la responsabilité des banques, il n'est pas toujours évident qu'ils demeurent fidèles à tous ses canons. Les particularités de la profession et des situations qu'elle rencontre peuvent les inciter à en faire une application assouplie, sinon déformée, à la faveur des nombreuses subtilités. Ainsi, dans l'appréciation du lien de causalité entre la faute et le préjudice, à force de douter que le droit commun soit un guide sûr, on l'oublie parfois.

Le banquier essaie de se dégager de sa responsabilité contractuelle en invoquant des clauses d'exonération, dont certains sont quelques fois de style. Notamment, pour les encaissements de valeur.

En effet si le banquier est un spécialiste averti des problèmes de la banque, de nombreuses tâches lui échappent en raison de la standardisation des services et du traitement de plus en plus automatique des opérations de banque. Il en résulte que le rôle de la jurisprudence est délicat, lorsqu'elle apprécie le degré de diligence du banquier, pour alléger ses obligations et sa responsabilité éventuelle, en ce qui concerne la nature de l'opération considérée et aussi les circonstances propres à cette affaire.

A propos de la responsabilité civile du banquier, sur le plan contractuel, on constate que la jurisprudence tend à atténuer la responsabilité du banquier à l'égard de ses clients en considérant qu'il est difficile de la cerner. Pour deux raisons essentielles:

D'abord les opérations juridiques conclues entre le banquier et ses clients présentent un caractère complexe qui se limite rarement au droit commun des contrats. Ensuite, le contenu de l'obligation du banquier qui répugne à s'engager par écrit, résulte moins d'un contrat explicite que des usages professionnels.

La responsabilité des banques à l'égard de leurs clients dépend de la nature des opérations effectuées. Elle sera déterminée ultérieurement à propos de chacune. Elle est souvent difficile à préciser pour deux raisons: D'une part, si les résultats économiques de mécanismes bancaires sont généralement bien connus des parties, les obligations détaillées qui permettent d'atteindre ces résultats le sont beaucoup moins. D'autre part, les opérations conclues entre les banquiers et leurs clients font naître fréquemment des obligations complexes irréductibles au droit commun des contrats: le banquier est à la fois dépositaire et mandataire lorsqu'il assure le service de caisse de ses clients, ou la garde de leurs valeurs mobilières non dématérialisées, ou la tenue de compte de leurs valeurs mobilières dématérialisées. La location de coffre-fort tient à la fois du louage et du dépôt. Les banquiers essaient souvent de dégager leur responsabilité contractuelle par des clauses d'exonération. Plusieurs facteurs concourent à l'affaiblissement de cette responsabilité. Usant de sa domination économique, le banquier refuse quelquefois de formaliser par écrit son engagement. Il est dès lors difficile de prouver l'existence et le contenu de l'obligation de la banque: la réticence des banquiers à s'engager par écrit est ainsi à l'origine d'un certain allègement de leur responsabilité.

De même, lorsqu'un engagement écrit est souscrit, le jeu des clauses de non responsabilité peut permettre à la banque d'éluder les conséquences de ses négligences. Cette situation est le propre de tout contrat d'adhésion et non de l'activité bancaire. De plus, la nécessité de maintenir de bonnes relations avec la banque dissuade bien souvent le client d'agir en responsabilité. Bon nombre d'actions en justice ne sont engagées que lorsque toutes les relations sont rompues, ou lorsque l'entreprise cliente a été déclarée en redressement judiciaire.

Il faut admettre que la coordination des législations nationales était une condition préalable à la réalisation du marché commun bancaire. Certes cette coordination ne signifiait pas l'unification complète des législations nationales. Mais, l'harmonisation entre les restrictions à l'établissement et aux prestations de service et les marchés nationaux. Cependant, il faut signaler que les mesures de coordination sont d'autant plus difficiles à adopter lorsque les législations bancaires soumises aux règles de droit commun et aux textes de principes généraux sont divergentes.

