

République Algérienne Démocratique et Populaire
Ministère de l'Enseignement Supérieur et de la Recherche Scientifique
Faculté de Droit de l'Université d'Oran.

Mémoire de fin d'études pour l'obtention du Diplôme de Magister
en Droit Bancaire et Financier (Option : International).

Thème

Devoir de Conseil du Banquier
et Fidélisation de son client.

Présenté et soutenu par Mademoiselle Fatiha Benmansour.

Encadrée par :

Madame Fatiha Taleb Docteur d'Etat en Droit Bancaire International,
Professeur à la Faculté de Droit de l'Université d'Oran.

Membres du Jury.

Président : Monsieur Bouchama Chouam

Professeur et vice recteur à la Faculté des
Sciences Economiques, des
Sciences de Gestion et des Sciences
Commerciales de l'Université d'Oran.

Membres : Monsieur Mohammed Ouamri

Professeur et Maitre de conférence à la
Faculté de droit de l'Université d'Oran.

Madame Fatiha Taleb

Professeur à la Faculté de Droit
de l'Université d'Oran.

Année Universitaire 2007-2008.

A

Mes chers Parents

pour tous leurs sacrifices, leur patience

et le partage de mes peines.

Avant-propos.

Je tiens à exprimer mes chaleureux remerciements au Professeur Fatiha Taleb pour tous ses encouragements et recommandations ainsi qu'à tous les enseignants qui ont contribué à ma formation durant toute la période du second magister de Droit Bancaire et Financier (Option : International).

Résumé du Mémoire.

1- Rompant avec le principe du droit des obligations selon lequel chaque contractant doit se renseigner par lui-même afin de défendre ses intérêts, le conseil permet à un profane d'être guidé par un initié. Le conseil peut se développer dans le cadre d'un contrat, mais il est le plus souvent dû pendant la période précontractuelle par le banquier qui dispose d'une supériorité technique et doit consacrer beaucoup d'efforts à la conquête de nouveaux clients et à la fidélité de la clientèle habituelle. Le profane doit être renseigné autant sur l'opportunité de conclure le contrat projeté que sur les moyens à mettre en œuvre.

Œuvre essentiellement jurisprudentielle, le conseil, bien que l'Ordonnance Algérienne n° 03 du 26 Août 2003 relative à la monnaie et au crédit (Reprise par code de la Banque et code des assurances, Berti Edition, Alger 2004) l'ait consacré, n'a pas de sanctions spécifiques. Le juge dispose d'un arsenal impressionnant de textes souvent inadaptés, ce qui l'a d'ailleurs contraint à préférer à tout autre mécanisme celui de la responsabilité civile.

2- Quant à la fidélisation du client bancaire, elle est au cœur de l'actuelle stratégie des banques. Il s'agit non seulement d'analyser précisément les attentes et les comportements des clients, mais aussi d'adapter les modes de distribution dans un univers technologique concurrentiel. L'objectif final étant d'établir des liens durables avec le client et de le rendre captif par une meilleure exploitation des informations recueillies le concernant.

Abréviations utilisées.

- Cass. Com – Chambre Commerciale de la Cour de Cassation.
- R.J.D.A – Revue de Jurisprudence de Droit des Assurances.
- Cass. Req – Chambre des Requêtes de la Cour de Cassation.
- Rev. Jur. Com. – Revue de Jurisprudence de Droit Commercial.
- Quot. Jur. – Quotidien Juridique.
- R.T.D. Com. – Revue Trimestrielle de Droit Commercial.
- Bull. Civ. – Bulletin Civil des Arrêts de la Cour de Cassation.
- R.T.D.Civ. – Revue Trimestrielle de Droit Civil.
- C.C.A – Code Civil Algérien.
- C.P.A – Code Pénal Algérien.
- J.c.p Ed. E – Semaine Juridique Edition Générale.
- L.G.D.J – Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence.
- Ch. Réunies – Chambres Réunies de la Cour de Cassation.
- A.E.D.B.F – Association Européenne de Droit Bancaire et Financier.
- D – Recueil Dalloz.
- D.p – Dalloz Périodique.
- Chron – Chronique.
- Legi. Com. – Revue de Législation Commerciale.
- Cass. Civ. – Chambre Civile de la Cour de Cassation.
- Rev. Banq. – Revue Banque.
- R.B.B – Revue de Banque et Bourse.
- R.B.C – Revue de Banque et Crédit.
- Fasc – Fascicule.
- Juris. Banq. – Jurisclasseur Banque.
- D.B.I – Droit Bancaire International.
- O.P.A – Offre Publique d’Achat.
- C.F.F – Crédit Foncier Français.

Introduction.

« C'est en se référant au caractère original de la relation professionnelle que l'on peut expliquer l'obligation qui est faite au professionnel de guider l'ignorance du client » (1) ;

« Le conseil a quitté la sphère du service d'ami pour entrer dans le monde de l'échange marchand où son importance croit régulièrement » (2) ;

« Ce sont les clients satisfaits qui restent fidèles plus longtemps à leur banquier et font la meilleure publicité » (3).

A l'évidence, le respect des règles déontologiques, apparues dans les années 1980 et élaborées par des professionnels, qu'ils appartiennent ou non au secteur bancaire, n'est pas la seule obligation à laquelle doivent se soumettre les établissements de crédit que sont les banques (intermédiaires agréés et financiers). Depuis longtemps, doctrine et jurisprudence imposent d'autres devoirs au banquier, notamment :

- Le devoir de prévenir les conflits d'intérêts,
- Le devoir de se taire,
- Le devoir de parler en matière de blanchiment d'argent issu du trafic de drogue ou d'autres activités commerciales,
- Le devoir d'informer ou de conseiller son client,
- Le devoir de ne pas s'ingérer dans les affaires de son client (4).

Le « devoir » a pu être défini comme « ce qu'on doit faire, ce à quoi l'on est obligé par la loi ou la morale, par son état ou les bienséances » (5).

Il résulte de cette définition qu'un devoir peut avoir une origine autre que la loi ou le règlement. Il ne saurait ici être question des usages, puisqu'il s'agit, en ce cas, de reconnaître une pratique généralisée des établissements de crédit, le plus souvent technique.

Le devoir de conseil consiste à donner un avis à quelqu'un pour orienter son action et comporte une obligation d'information à laquelle s'ajoutent d'autres prestations d'ordre

(1) – Y. Boyer – L'obligation de renseignements dans la formation du contrat, Presses Universitaires d'Aix-Marseille 1978, n° 233.

(2) – Xavière Perron – L'obligation de conseil, Thèse pour le Doctorat, Rennes, 1992, p. 2.

(3) – Kotler Dubois – Management Marketing, Publi Union, Editions Paris 2000, p. 579.

(4) – Juris-Classeur Banque, Crédit, Bourse 2003, Fasc. 140, p. 2.

(5) – A. Beaujean, Dictionnaire de Langue Française, abrégé du Dictionnaire de Littré, Librairie (1990).

intellectuel, à savoir l'analyse des besoins du débiteur, le choix d'une solution appropriée et la présentation d'un avis incitatif (6). Ce devoir qu'il convient de moduler en fonction du degré de qualification du contractant est la conséquence naturelle du fait que la banque est la partie la plus expérimentée dans le domaine financier et celle qui est la plus active dans la définition du contenu du contrat (7).

La concurrence a rendu, en effet, le banquier plus commerçant, plus imaginatif, il est sorti du rôle de simple bailleur de fonds et a développé la fonction de conseil vis-à-vis de sa clientèle (8).

L'endettement coûte cher et le développement des marchés financiers a contribué à la prolifération des initiatives, accru les activités d'ingénierie financière.

Le banquier s'est adapté. Face à sa clientèle, il est devenu un partenaire plus apte à la comprendre. Les horizons s'étant élargis, le banquier a dû approfondir les différents aspects de son métier. Aussi, s'intéresse-t-il aujourd'hui aux opérations en fonds propres de ses clients "entreprise", pour aider leur croissance, les préparer à une cotation en bourse, faciliter une acquisition, une fusion, jouer un rôle majeur lors des offres publiques d'achat, de vente ou d'échange.

A l'usage de cette clientèle, commerciale ou privée, les banquiers en rivalisant d'ingéniosité, ont multiplié les services : crédit à la consommation, assurance, services informatiques divers, gestion de trésorerie... Le commerce international constitue également un domaine dans lequel le banquier offre ses conseils et son assistance aux entreprises. L'Ordonnance Algérienne n° 03-11 du 26 Août 2003 relative à la monnaie et au crédit (9) traduit la volonté du législateur de prendre en compte cette évolution, cette diversification de l'activité bancaire.

Aussi, l'Article 72 de cette Ordonnance cite-t-il parmi les opérations connexes « le conseil et l'assistance en matière de gestion des patrimoines : « Le conseil, la gestion et l'ingénierie financière et d'une manière générale tous services destinés à faciliter la création et le développement d'entreprises ou d'équipements en respectant les dispositions légales en la matière ».

Dans ce cas, la banque prête son concours après avoir été sollicitée pour une mission qu'elle a acceptée et pour laquelle elle perçoit une rémunération. Elle doit le conseil parce

(6) – André Benayoun – L'obligation d'information et de Conseil de la banque, Légi. Com., n° 19, 1993/3, p. 67.

(7) – Clément (J.F) – Le banquier vecteur d'informations, R.T.D.Com. 1997, p. 203.

(8) – Gnansounou (G) – Le banquier dispensateur d'information et de conseil, Thèse Paris XIII, 1983, p. 12.

(9) – Cf. Ghernaout – Crises Financières et Faillites des Banques Algériennes : Du choc pétrolier de 1986 à la liquidation des banques : El Khalifa et B.C.I.A, Annexe 6, p. 97.

qu'elle l'a promis. Mais il n'en est pas toujours ainsi.

Ainsi dans les hypothèses de plus en plus nombreuses, le conseil résulte d'un devoir imposé au banquier. Sa nature n'est plus seulement contractuelle, mais aussi légale... En effet, le droit moderne fait ressortir un devoir de conseil parmi les obligations incombant à des professions plus vastes. Cela a été le cas depuis longtemps du notaire, plus récemment du médecin (10). Le souci de protection du consommateur a conduit à étendre cette exigence à d'autres professions, extrêmement variées, dont celle de banquier.

La tendance contemporaine de la jurisprudence à multiplier les devoirs de conseil et d'assistance ne surprend plus guère.

La consécration puis le développement de l'obligation de conseil du banquier constitue l'une des évolutions majeures du droit de la responsabilité bancaire. Certains des domaines privilégiés de cette obligation ont été explorés. L'établissement de crédit doit ainsi conseiller un client qui réalise des opérations spéculatives sur les marchés à terme. Il doit aussi conseiller son client relativement à l'assurance garantissant le remboursement d'un prêt (11).

Des décisions récentes invitent cependant à examiner des développements nouveaux du devoir de conseil. En effet, ce devoir était jusqu'alors compris strictement par la doctrine qui l'enfermait dans d'étroites limites. Il ne concernait que certaines opérations à hauts risques. Il ne bénéficiait qu'à des catégories de personnes bien déterminées. Ainsi compris, le devoir de conseil avait une portée relativement théorique dans le domaine des opérations de crédit.

Or, depuis quelques années, l'élargissement du devoir de conseil est constant. Il ne fait ainsi plus de doute que l'établissement de crédit soit tenu d'une obligation de conseil lorsqu'il consent un crédit. Il apparaît également de plus en plus clairement que ce devoir de conseil bénéficie aux cautions et aux dirigeants. L'examen de la jurisprudence récente de la Cour de Cassation et des juridictions du fond semble enfin démontrer que cette consécration d'un devoir de conseil n'est nullement théorique. Les condamnations des établissements de crédit sont mêmes de plus en plus nombreuses.

La reconnaissance d'un tel devoir de conseil est ainsi potentiellement porteuse de graves dangers pour les établissements de crédit. Il convient donc d'en mesurer la portée.

Une première difficulté de l'appréciation est liée à la confusion souvent entretenue entre l'obligation de conseil et des obligations voisines.

(10) – Civ. 9/06/1916, Dalloz, 1921.1.124 ; Civ. 2/11/1966, J.c.p 1967.II.0732, note P. Espagno.

(11) – Dominique Legeais – L'obligation de conseil de l'établissement de crédit à l'égard de l'emprunteur et de sa caution, Droit Bancaire et Financier, Mélanges A.E.D.B.F – France, p. 257 et s.

L'obligation de conseil ne saurait être assimilée à une obligation de renseignement ou une obligation d'information (12). Dans ces deux derniers cas, l'établissement de crédit transmet des données à son cocontractant, qu'il soit emprunteur ou caution afin d'éclairer son consentement. Dans l'exécution de cette première obligation, l'établissement de crédit n'a pas à se faire juge de l'opportunité de l'opération. Il doit ainsi informer l'emprunteur sur les conditions du prêt, sur les modalités de son assurance. Il doit également communiquer à la caution les informations en sa possession.

L'obligation de conseil se rapproche plus de l'obligation de mise en garde. L'établissement de crédit doit alors avertir le client des risques particuliers entraînés par la signature du contrat (13). Il doit alors déjà examiner la convention envisagée du point de vue de son client. Cependant, ce dernier reste libre de contracter ou de ne pas contracter. Quelque soit l'option retenue, l'établissement de crédit n'encourt aucune responsabilité si l'opération se révèle néfaste pour le contractant.

Le devoir de conseil est encore plus contraignant pour l'établissement de crédit puisque par définition le conseil est, à la différence de l'information qui est neutre, une incitation à agir (14). Le débiteur de l'obligation doit, comme dans l'hypothèse précédente, examiner le contrat du point de vue du client pour l'inciter à agir au mieux de ses intérêts. Mais l'établissement de crédit doit alors veiller à ce que la conclusion du contrat soit opportune pour le cocontractant. Pour cette raison, du devoir de conseil se déduit un devoir de déconseiller, voir de refuser la conclusion du contrat envisagé. A la différence de l'obligation d'information qui est neutre, l'obligation de conseil s'apprécie in concreto en fonction des qualités et compétences du client.

Le manquement au devoir de conseil peut être sanctionné par la nullité de l'engagement souscrit ou par l'allocation de dommages et intérêts.

Ainsi définie, l'obligation de conseil heurte quelques principes fondamentaux.

En premier lieu, elle se heurte au traditionnel devoir de non immixtion du banquier. Celui-ci n'a pas en principe à se faire juge de l'opportunité des crédits consentis. Il incombe en effet aux clients d'assumer les risques de l'opération qu'ils font financer.

En second lieu, la mise à la charge des établissements de crédit d'une obligation de conseil se heurte au traditionnel devoir des contractants de s'informer (15).

(12) – M. Fabre-Magnan, De l'obligation d'information dans les contrats, essai d'une théorie, L.G.D.J, 1992, préface J. Ghestin, p. 258.

(13) – J.B de Saint-Afrique, L'obligation de conseil, Rep. Défrénois, 1995, Art. 36134.

(14) – J.L. Rives-Langes et M. Contamine-Raynaud, Droit Bancaire, 6^e Edition Dalloz, n° 175.

(15) – P. Jourdain, Le devoir de se renseigner, contribution à l'étude de l'obligation de renseignement, D. 1983, Chr. 139.

On comprend dès lors que l'existence même du devoir de conseil ait longtemps été niée. L'exercice par l'établissement de crédit de son devoir de discernement ne pouvait conduire à mettre à sa charge une obligation de conseil.

Par la suite, les auteurs qui en ont admis le principe ont en même temps fixé des limites. Il paraissait ainsi difficile d'admettre que l'emprunteur puisse reprocher à l'établissement de crédit d'avoir accordé le prêt sollicité avec insistance. Il paraissait tout aussi inconcevable qu'un dirigeant, présumé informé, puisse se prévaloir d'un tel manquement. Il n'y a en effet aucune raison d'informer sur ce que chacun peut savoir facilement.

Force est pourtant de constater que ces limites concevables ont été dépassées. Des arrêts récents de la Cour de Cassation reconnaissent ainsi un devoir de conseil au bénéfice de dirigeants.

Une telle évolution ne peut totalement surprendre.

Elle est conforme à l'évolution du droit de la responsabilité et du droit des contrats. L'avènement de l'obligation de conseil doit ainsi être mis en parallèle avec la consécration de nouveaux devoirs tels celui de loyauté, de collaboration, de fraternité et la prise en compte croissante de l'exigence de bonne foi dans l'exécution des relations contractuelles (16). Tous les professionnels sont ainsi aujourd'hui tenus d'une obligation de conseil. Le banquier se retrouve dans une situation comparable à celle du médecin ou du vendeur professionnel. L'emprunt et le cautionnement sont source de risques potentiels pour ceux qui les souscrivent. L'exigence de protection s'impose donc pour les emprunteurs et les cautions.

Dès lors que l'obligation de conseil est consacrée, il ne reste plus aux établissements de crédit qu'à bien en mesurer les implications. L'exécution du devoir de conseil impose en effet d'autres obligations dérivées, telles l'obligation de se renseigner ou l'obligation de respecter le principe de proportionnalité. Elle met également à la charge des établissements de crédit des obligations de ne pas faire comme celle de refuser le prêt ou le cautionnement. Conçue dans l'intérêt du client, l'obligation de conseil peut cependant se révéler avantageuse pour l'établissement de crédit. D'une part, il incombe à ce dernier d'être encore plus sélectif que par le passé dans les crédits consentis. D'autre part, il ne peut en aucun cas se montrer plus libéral dans son appréciation de la demande de crédits au motif qu'un cautionnement est possible.

Si l'orientation de la jurisprudence est aujourd'hui claire, il n'en demeure pas moins des zones d'incertitudes qui concernent aussi bien le contenu exact du devoir d'information, que

(16) – C. Thibierge-Guelfucci, *Libres propos sur la transformation du droit des contrats*, R.T.D.Civ., 1997, p. 382.

ses bénéficiaires ou la sanction de son inexécution.

Le devoir de conseil du banquier est une obligation accessoire à l'obligation principale du contrat (17). Le devoir de conseil vient se greffer sur l'obligation principale mais ne doit pas être confondu avec elle. Prenons l'exemple d'une convention de compte de dépôt de titres. Le banquier s'engage à garder les titres. Il ne s'engage pas à conseiller le client sur ses investissements. Pourtant, il devra conseiller au client de ne pas investir sur le marché à terme, étant donné le risque lié à ces opérations. On voit bien dès lors que le devoir de conseil n'est que l'obligation accessoire du contrat.

Le devoir de conseil du banquier accessoire a été découvert par la jurisprudence internationale pour rétablir l'équilibre entre le banquier et son client alors même que l'obligation de conseil contractuelle est une prestation de service vendue par le banquier à son client. Il n'y a donc que très peu de rapports entre les deux.

Si les deux obligations de conseil ne se confondent pas, il y a cependant, indéniablement des liens entre les deux. En effet, en intensifiant ses activités de conseil, c'est la figure même de la profession bancaire qui a été changée. De « récepteur des fonds du public (comme le prévoit l'Article 66 de l'Ordonnance n° 03-11 relative à la monnaie et au crédit), le banquier est devenu un interlocuteur privilégié de ses clients, intervenant sur de multiples sujets, guidant leurs intérêts. Dès lors, il devient difficile de cloisonner les missions : le client, dans toutes ses opérations bancaires, veut obtenir les conseils de son banquier, en qui il a toute confiance, que le contrat le liant à celui-ci ait pour objet un conseil ou non.

Il existe donc intrinsèquement, dans la profession de banquier, une mission de conseil. Mais de la mission à l'obligation de conseil, il y a un pas qu'on ne peut pas franchir si aisément. D'autres facteurs ont donc contribué à l'avènement du devoir de conseil du banquier. Tout d'abord, l'existence, dans les autres droits internationaux d'un devoir de conseil à la charge du banquier ne rend pas par ricochet inconcevable un devoir de conseil pour le banquier Algérien sans influence.

De plus, même si la loi est silencieuse sur le point de savoir si le banquier est tenu ou non d'un devoir de conseil, une telle consécration est possible juridiquement. En effet, un arrêt du 27 Juin 1995 (18) de la Cour de Cassation (Première Chambre Civile) est venu pour remédier au déséquilibre contractuel, imposer un devoir d'information et de conseil aux parties au contrat : « considérant qu'une offre préalable ne dispense pas l'établissement de crédit de son devoir de conseil à l'égard de l'emprunteur ». Chaque fois qu'un déséquilibre

(17) – Flornoy Aude, Devoir du conseil, Mémoire de D.E.A, Droit Privé, 2000, Lille, p. 1.

(18) – Cass. Civ. 1^{ère}, 27 Juin 1995, Bull. Civ., I, n° 287 ; J.c.p Ed. E., II, 652, note Legais (D).

existe entre deux contractants, la partie la plus forte économiquement et techniquement est débitrice envers la partie la plus faible d'une obligation d'information ou de conseil.

Tout cela a favorisé l'avènement d'un "devoir de conseil" à la charge du banquier. Cependant, plusieurs auteurs (19) rejettent l'existence même du devoir de conseil à la charge du banquier estimant que : « si l'activité du banquier s'est progressivement développée et son domaine a tendance à s'élargir, il faut craindre la propension de certains juges à mettre systématiquement à la charge du banquier un devoir de conseil.

Mais les débats relatifs à l'existence du devoir de conseil doivent susciter en nous une interrogation. Si la reconnaissance du devoir de conseil est incontestable, le faible nombre d'arrêts de cours de cassation étrangères et l'absence de jurisprudence Algérienne en la matière, jettent le trouble dans les esprits. Aussi, on est amené à se poser la question de la réalité du devoir de conseil. En effet, si sa reconnaissance formelle ne laisse pas place au doute, quelle est son envergure, la place qui lui est réservée dans la responsabilité du banquier ? Cette question est intéressante dans la mesure où elle nous permettra de dégager le rôle assigné par la jurisprudence au devoir de conseil du banquier. Est-il une arme efficace pour lutter contre les déséquilibres patents qui existent entre le banquier et son client ou n'est-il qu'un correctif, un pis-aller ne sanctionnant que les négligences du banquier ? Elle permettra aussi de clarifier et de synthétiser une jurisprudence disséminée et ainsi de fixer les conditions dans lesquelles le devoir de conseil est dû et peut être sanctionné. Cela pourra constituer une réponse aux demandeurs qui recherchent, de plus en plus nombreux, la responsabilité du banquier sur ce fondement.

C'est donc un panorama du devoir de conseil que nous nous proposons de dresser. Pour cela, il faut prendre les mesures du devoir de conseil, c'est-à-dire en délimiter les contours (Première Partie – Chapitre I). Cependant, même si l'étendue du devoir de conseil est grande, son efficacité passe aussi par sa mise en œuvre (Chapitre II de la même Partie). En effet, si l'objet du conseil est restreint ou les conditions de responsabilité appréciées trop sévèrement, la réalité du devoir de conseil sera remise en cause.

Par ailleurs, bien avant l'Ordonnance Algérienne n° 03-11 de 2003 relative à la monnaie et au crédit, la Loi justement sur la monnaie et le crédit qui était intervenue en 1990 avait marqué l'ouverture du marché bancaire au secteur privé. A partir de cette Loi, le paysage bancaire a évolué, puisque le marché bancaire est parti de six banques publiques pour arriver aujourd'hui à une situation où nous avons plus de 20 banques et établissements financiers. Donc l'offre bancaire, à travers cette évolution s'est élargie et diversifiée.

(19) – Notamment, Rives-Langes (J.L.) et Contamine Raynaud (M), Droit Bancaire, Dalloz, 6^{ème} Ed. 1995 ; Najjar (I) note sous Cass. Com. 18 Mai 1993, D. 1994, p. 142.

La libération du secteur (bien entendu, quand elle est intervenue) visait, à travers l'introduction d'une plus grande dose de concurrence (donc d'instauration d'une concurrentielle), l'amélioration de la détermination bancaire pour favoriser la croissance des financements, et surtout, relever la qualité des prestations offertes aux usagers de la banque et donc à sa clientèle (20).

Il est apparu alors que le marché bancaire Algérien allait faire l'objet de tentatives de conquête de la part de nouveaux entrants tels que les établissements de crédit étrangers, à l'instar des autres marchés bancaires étrangers saturés, concurrencés en effet par des entreprises de la grande distribution et des succursales et filiales des banques d'origine diverses.

Les banques déjà installées dans leur propre pays ont décidé de mettre l'accent sur une politique de fidélisation de leur clientèle.

La fidélisation est un « engagement profond » pour acheter ou fréquenter à nouveau un produit ou un service en dépit des facteurs situationnels et des efforts marketing susceptibles de provoquer un changement de comportement d'achat (21).

Le client fidèle est un client convaincu qui perçoit la valeur ajoutée différenciante de la banque, qui est prêt à payer pour cette valeur ajoutée et qui, en situation d'achat, la choisit par préférence. A l'opposé des systèmes de fidélisation actuels, la mise en œuvre de cette idée nécessite de repenser l'approche Marketing et le Modèle de distribution pour développer un Marketing relationnel intégrant les besoins, les comportements et le potentiel des clients.

Pour ce faire, les banques ont envisagé d'étudier les comportements des clients, ces derniers devenant plus difficiles à satisfaire comme en témoigne le nombre toujours plus important de clients multibancarisés. Elaborer une stratégie de fidélisation nécessite la mise à disposition d'importants efforts de la part de l'établissement bancaire (22). Si le marché bancaire comprend les clients particuliers et les entreprises, l'approche de ces deux populations de clients distincts n'est pas identique et nécessite des études séparées. Les entreprises présentent effectivement comme caractéristique principale d'être significativement multibancarisées afin de réduire leurs risques et ceux des banquiers. En conséquence, l'objet de notre étude se limitera à présenter les techniques de fidélisation tendant à rendre captive la clientèle des particuliers, entendus comme des personnes

(20) – Allocution de Monsieur le Secrétaire Général du Ministère des Finances, Première Journée Parlementaire sur le Droit bancaire, « Les procédures Collectives appliquées aux Banques », Conseil de la Nation, 05 Juin 2005, p. 17.

(21) – Kotler, Keller, Dubois, Manceau, Marketing – Management, p. 185.

(22) - Anec Laure Pierre, La fidélisation, Mémoire de D.E.S.S, Droit Privé, Paris 2000, p. 1.

physiques et dans le cadre de leur relation personnelle avec la banque.

L'enjeu primordial qui apparaît dès à présent pour les banques est la prise en considération qu'une politique de fidélisation doit, si elle est bien menée, être plus rentable pour la banque, mais nécessite des efforts très importants en vue de parvenir à proposer une relation personnalisée, gage de différenciation et de fidélisation.

La deuxième partie de notre étude se propose d'analyser l'élaboration et la mise en œuvre d'une stratégie de fidélisation.

Dans un chapitre premier nous décrirons l'offre et la demande du marché, en étudiant pour cela les caractéristiques des services et le comportement du client bancaire replacé dans un environnement concurrentiel et de plus en plus technologique. Puis, il sera mis en avant la définition d'une politique commerciale de fidélisation, en tenant compte de plusieurs éléments déterminants comme les produits et services à offrir, leurs prix, et la notoriété de l'établissement ; tout ceci influençant en partie la satisfaction des clients et la valeur qu'ils perçoivent de la banque. Ensuite nous montrerons que pour réaliser ces objectifs, les établissements bancaires doivent mettre à la disposition de leurs clients de multiples canaux de distribution et impliquer le personnel en contact ; une étude de la tarification des canaux de distribution dans l'élaboration d'une stratégie de fidélisation clôturera ce premier chapitre.

Dans un second chapitre, l'étude portera sur la mise en œuvre de cette stratégie de fidélisation.

Ainsi, nous verrons comment les banques mettent en œuvre cette politique en ciblant la clientèle et en se servant des informations collectées et traitées dans le système d'information. Après avoir expliqué qu'une connaissance du client plus approfondie entraîne une relation davantage personnalisée entre la banque et le client, nous analyserons les mécanismes qui permettent d'approfondir cette connaissance, et comment les études de satisfaction clientèle sont menées afin, le cas échéant, d'améliorer la qualité des services. Ensuite, nous montrerons en quoi les données récoltées sur le client permettent une segmentation plus précise, qui aide à mieux connaître le client et à anticiper ses besoins. Nous terminerons ce chapitre II en décrivant les moyens d'actions dont dispose la banque pour établir et renforcer les liens avec le client bancaire, en vue de le rendre captif. A cette fin, il sera présenté divers produits qui favorisent une personnalisation des offres bancaires, comme les cartes de fidélité et les packages qui rendent le client plus captif, les centres d'appels ou les services après-vente qui maintiennent un contact avec le client.

Plan du Mémoire.

(une table des matières se retrouve page 361)

Première Partie.

Devoir de Conseil du banquier.

Chapitre I – Les contours du devoir de conseil du banquier.

Chapitre II – La mise en œuvre du devoir de conseil du banquier.

Deuxième Partie.

Fidélité de son client.

Chapitre III – Elaborer une stratégie.

Chapitre IV – Mettre en œuvre une stratégie.

Première Partie.
Devoir de Conseil du Banquier.

Introduction –

Chapitre I – Les contours du devoir de conseil du banquier.

Chapitre II – La mise en œuvre du devoir de conseil du banquier.

Introduction.

Conseiller est le service que le banquier est amené à développer le plus ces dernières années. Si le devoir de conseil résulte de la nature même de certains contrats (exemple contrat d'assistance en matière de gestion de portefeuille de valeurs mobilières), il s'impose souvent au banquier à raison des engagements qu'il prendra vis-à-vis de sa clientèle et pour lesquels il perçoit une rémunération (23).

La banque se place en état d'offre de conseil. Telle banque préface la convention de compte qu'elle propose à une entreprise cliente en énonçant « nous pouvons vous conseiller des solutions efficaces, originales et rapides pour résoudre les problèmes les plus divers liés au développement de votre activité ».

Sur le prospectus d'une autre banque, on peut lire « vous avez besoin d'un conseil... , poussez nos portes ». Qu'il s'agisse d'entreprises ou de particuliers, le banquier est sollicité pour donner des conseils. Ce rôle, le banquier est appelé à l'exercer à l'occasion des décisions importantes à prendre par l'entreprise (mise au point d'un projet d'investissement, recherches de capitaux par exemple). Cette activité s'exerce dans des domaines très variés.

La banque, encore récemment marchand d'argent, est devenue surtout prestataire de services. Mais qu'est ce qui peut expliquer cette profonde mutation, cette métamorphose ?

L'élévation du niveau de vie dans les pays industrialisés a fait naître des besoins les plus diversifiés que les banques peuvent satisfaire. La non-rémunération des comptes à vue et l'âpre concurrence que se livrent les banques, les amènent à diversifier la gamme des services qu'elles offrent à leur clientèle.

Il faut aussi noter la désintermédiation qui réduit les crédits que les banques accordent aux entreprises, ce qui entraîne une perte de rémunération et les oblige à diversifier la gamme des services qu'elles offrent au public.

Selon le Professeur Vasseur « Le développement de l'activité bancaire de conseil et d'ingénierie financière, en France, mais pas seulement en France, est la résultante de la transformation radicale des données de l'économie mondiale et partant, nationale, auxquelles les entreprises d'une part, et les établissements de crédit d'autre part, sont confrontés. Cette transformation est caractérisée par la déréglementation qui permet aux établissements de crédit de faire ce qu'ils ne pouvaient pas faire autrefois, et par la « mondialisation de l'économie » qui est à l'origine du développement de l'activité internationale » (24).

(23) – Gnansounou (G), opcit, p. 225.

(24) (M. Vasseur, « des responsabilités encourues par le banquier, à raison des informations, avis et conseils, dispensés à ses clients », Rev. Banq. 1983, p. 948.

C'est le cas de l'ingénierie des banques en matière de gestion financière des entreprises, de l'ingénierie en matière de financement des entreprises, de l'ingénierie financière quant à la structure des entreprises, et aussi en matière de commerce international, où les banques font profiter leur clientèle de leur savoir-faire.

Cette activité d'ingénierie de plus en plus développée par les banques a été classée par le comité des usagers (existant dans certains pays industrialisés, notamment en France) en trois catégories :

- Les diagnostics et les expertises,
- Les conseils techniques en matière de financement, de placement, de gestion de trésorerie, de risque de change ou de taux,
- Les conseils en stratégies.

On assiste de plus en plus à un partenariat véritable entre les banques et les entreprises. La banque est ainsi véritablement associée à l'entreprise pour le moyen et le long terme.

Elle est aussi caractérisée par la croissance des liquidités mondiales en quête d'emploi. Il convient aussi de mettre en exergue le développement des nouvelles technologies, elles-mêmes à l'origine d'une sophistication de plus en plus grande. C'est, en effet, l'informatique et la télématique qui, dans une très large mesure, rendent possibles et propulsent ces montages financiers qui font florès....

Dans cette effervescence économique et financière, les entreprises sont demanderesses d'informations, de conseils d'ingénierie financière, de services, à telle enseigne que, de manière récente, certaines souhaitent l'établissement d'une relation constante de services et, à ce titre, bénéficier d'un véritable abonnement services, rémunéré forfaitairement, plutôt que d'une rémunération à l'acte (25).

Beaucoup de sociétés par actions obtiennent une grande partie des capitaux qui leur sont nécessaires par émission de valeurs mobilières, actions ou obligations. Les banques sont donc appelées à les aider soit dans la formation ou l'augmentation de capital, soit dans le placement de leurs emprunts.

L'évolution économique peut aussi amener une société à envisager un rapprochement avec une autre entreprise (acquisition, fusion, échange de participations ou prise de contrôle). Ce processus peut les conduire à envisager une offre publique d'achat, d'échange.

Toutes ces opérations sont complexes et permettent de souligner l'importance du rôle qu'y tient le banquier par ses conseils en raison des modalités techniques de ces opérations en constante évolution.

(25) – V. Vasseur, "l'Ingénierie Financière" , Rev. Banq. 1990.7.

L'Ordonnance Algérienne n° 03-11 du 26 Août 2003 relative à la monnaie et au crédit a fait sienne cette évolution. Son Article 72 énumère parmi les opérations connexes « le conseil et l'assistance en matière de gestion financière, conseil, gestion et ingénierie financière et d'une manière générale, tous services destinés à faciliter la création et le développement d'entreprises ou d'équipements en respectant les dispositions légales en la matière ».

Le banquier engage au titre de cette activité sa responsabilité en cas de faute ou en cas de manquement à l'un de ses devoirs précités. Toutefois, si cette responsabilité existe, à raison de la connaissance du banquier et de l'ignorance de son client, elle disparaît chaque fois qu'un des deux motifs cumulatifs disparaît. Ainsi a peu à peu émergé un courant favorable à une appréciation in concreto de la responsabilité du banquier.

Le comportement de conseiller du banquier s'inscrit dans la nature des choses et se situe dans le sillage de son activité de financement des entreprises. Les banques ont suivi l'évolution. Elles ont ainsi adapté leur organisation à la spécificité de leur nouvelle activité.

Les grandes banques ont organisé l'activité de leurs spécialistes en fonction des techniques et des produits (exemple gestion de trésorerie internationale et nationale, direction de marché...). Certaines ont ajusté leur organisation en fonction des types de clientèle (département des grandes entreprises, agence pour le commerce international).

D'autres ont filialisé leur activité d'ingénierie financière, ce qui a donné naissance à des banques dites de trésorerie et d'arbitrage. Dans les pays Anglo-saxons, on peut citer les investment Bank, très actives, entre autres dans le domaine des fusions acquisitions.

C'est le cas de Goldman Sachs, de Bankers Trust qui a conseillé Michelin dans le rachat de MTS, on peut citer aussi Wasserstein Perella and Co, qui a joué un grand rôle dans le rachat d'American National Can par Péchiney (26).

Ne faisant l'objet d'aucun monopole, cette activité peut être exercée par les établissements autres que bancaires. C'est le cas des cabinets internationaux spécialisés dans la recherche de partenaires, de transmissions d'entreprises. Il faut mentionner les sociétés de portefeuilles qui sont des intermédiaires et des investisseurs (Marceau Investissements).

(26) – Gnansounou (G), opcit, p. 230.

Chapitre I.
Les contours du devoir de conseil du banquier.

Introduction.

Section I – Le fondement du devoir de conseil du banquier.

Section II – L'étendue du devoir de conseil du banquier.

Section III – Appréciation critique du devoir de conseil.

Section IV – Absence de responsabilité de la banque dispensatrice de crédit en dehors du champ de l'obligation de conseil.

Introduction.

Le devoir de conseil est l'accessoire d'un service, en ce sens qu'il complète les prestations attachées à un service donné. Dès lors, un lien direct existe entre l'objet du conseil et celui du service envisagé. On peut dire que ce devoir porte sur les conditions de ce service et leur adéquation aux besoins du client.

Le devoir de conseil n'a pas pour effet d'élargir l'objet du service lui-même. Concrètement un banquier n'a pas à se substituer à son client dans la conduite de ses affaires.

La jurisprudence emploie souvent l'expression « principe de non-ingérence » qui se décompose en deux propositions :

- Le banquier n'est pas obligé d'intervenir pour empêcher son client d'accomplir un acte irrégulier, inopportun ou dangereux ;
- Il n'est pas en droit de refuser l'exécution d'instructions du client au motif qu'elles ne lui paraîtraient pas judicieuses (27).

Il convient de veiller, ici, à contenir le devoir de conseil dans le cadre du service précis qui est considéré et au-delà duquel il n'aurait plus de limite. Un service bancaire s'inscrit presque toujours dans un projet que poursuit le client. Il n'est qu'un moyen.

Ainsi, le chef d'entreprise, qui sollicite du crédit, poursuit le développement de sa société ; celui qui passe un ordre de paiement recherche un profit de ses relations avec son correspondant ; celui qui achète des titres espère que leur cours va monter... Mais il ne saurait être question d'imposer au banquier de conseiller son client sur le développement de son entreprise ; sa politique commerciale ou sur l'existence de titres plus intéressants que ceux qu'on lui demande d'acheter ; bref, de faire de lui le conseiller en gestion du patrimoine de ses clients.

En effet, si le devoir de conseil a été imposé au banquier, c'est en sa qualité de professionnel et ne pèse sur lui qu'une obligation de moyens. Il n'est sollicité en tant que professionnel que pour des services déterminés. Il n'a pas à s'occuper des projets que poursuit son client par delà le service demandé. L'étendue est circonscrite par l'objet de ce service.

Dans ce premier chapitre, il s'agira donc de prendre les mesures du devoir de conseil. Cette tâche n'est pas aisée à réaliser pour plusieurs raisons : le devoir de conseil est très fuyant car c'est une obligation prétorienne. De fait, c'est au gré des espèces que le devoir de conseil est apparu. C'est donc une sorte de tableau impressionniste : il faut s'en éloigner

(27) – Com. 15 Juin 1993, Rev. Banq. 1993, p. 249.

pour le distinguer et en comprendre la portée. D'où une étude très délicate. Il faut scruter les décisions de la jurisprudence sans se laisser égarer par l'une d'elles et ne pas confondre « décision d'espèce » et courant jurisprudentiel. D'autre part, s'il ne fait pas de doute que le devoir de conseil existe, les décisions jurisprudentielles étrangères sont très rares et souvent implicites, tandis que les décisions Algériennes après 1962 sont inexistantes ; plutôt la « négligence du professionnel » est prise en considération pour la responsabilité ; se pose alors un problème d'interprétation. Comment délimiter les contours du devoir de conseil ? Le parallélisme avec le tableau permet de le savoir. Pour calculer la surface d'une toile (28), il faut d'abord mesurer le côté. Puis, à partir de ce côté, on pourra en déterminer l'aire. C'est la même chose ici. Si on trouve le fondement du devoir de conseil (Section I) il nous permettra de mesurer l'étendue du devoir de conseil (Section II).

Section I

Le fondement du devoir de conseil du banquier.

Les analyses classiques du devoir de conseil, tant celles menées par la doctrine que celles adoptées par les tribunaux, privilégient le contrat comme fondement du devoir de conseil. Ce dernier serait contractuel et sa source en serait le contrat, exception faite du devoir du notaire dont l'origine serait délictuelle. Cette conception implique un examen des obligations réelles ou supposées auxquelles aurait souscrit le débiteur professionnel, dans le but de faire surgir le devoir de conseil (29). Les limites et les inconvénients d'une telle analyse se révèlent très rapidement. En particulier, une telle perspective nie la globalité et la relation contractuelle et ne permet pas d'expliquer de façon satisfaisante ce qui fait l'originalité du devoir de conseil, à savoir l'obligation pour son débiteur de faire en sorte que le contractant tire de la convention toute la satisfaction qu'il en espère. Camper sur des positions classiques d'analyse des obligations expressément ou implicitement souscrites revient au contraire à morceler la convention, à faire éclater son unité et à oublier le but pour lequel elle a été envisagée, puis conclue. Si la justice y trouve son compte dans la mesure où le magistrat parvient à réparer le dommage causé au profane en s'appuyant sur tel aspect ou tel élément de la convention, l'analyse juridique ressort parfois malmenée de la torsion infligée aux principes les mieux établis.

Pour autant, l'étude de la relation contractuelle qui s'est établie entre deux personnes ne peut être négligée pour déterminer le domaine du devoir de conseil. A plusieurs titres, elle

(28) – Flornoy Aude, *opcit*, p. 7.

(29) – Perron (X.), *L'obligation de Conseil*, Thèse Rennes, 1992, p. 184.

revêt une importance capitale.

En premier lieu, l'examen du lien contractuel permet de savoir à quel titre intervient au contrat la personne qui, au vu de sa profession, est généralement considérée comme débitrice de conseils. Lorsque son intervention ne se situe pas dans le cadre professionnel, il est impossible de l'estimer encore débitrice d'un tel devoir car le déséquilibre des capacités ne peut être pallié par elle. Ce que vise le devoir de conseil, c'est à empêcher l'abus de situation. Il s'agit d'obliger le professionnel à remplir ses obligations de bon professionnel, de faire barrage à sa négligence ou à sa déloyauté, tous travers facilités par l'incompétence de son co-contractant et par la confiance dont il est investi. En cela, le devoir a une connotation morale indéniable. A l'inverse, ces raisons ne peuvent être invoquées lorsque le professionnel débiteur du devoir de conseil agit à titre privé. Les oppositions d'intérêts n'ont pas à être bridées puisque, malgré la persistance de la domination de l'un des contractants sur l'autre, le débiteur du devoir de conseil perd cette qualité liée à son intervention professionnelle et se retrouve dans la position de tout contractant ordinaire. Tout au plus aura-t-il en cette dernière qualité une obligation d'information et de bonne foi. La domination ne débouche pas nécessairement sur un abus de situation.

En second lieu, le contrat permet de déterminer à quel titre professionnel intervient cette fois-ci le débiteur du devoir de conseil. En effet, le champ d'action dans lequel se déroule l'activité du professionnel peut être, même s'il fait l'objet d'une délimitation légale, très étendu et le profane peut avoir fait appel au spécialiste pour une mission précise ne couvrant pas l'étendue du domaine de l'activité concernée (30). Le contrat a pour fonction, outre le témoignage qu'il apporte de l'engagement de préciser les prestations des parties et leur intention commune. Mais du fait que le professionnel réalise sa fonction sociale au travers de l'instrument juridique qu'est ce contrat, la jurisprudence et la doctrine ont tendance à privilégier celui-ci en ce sens qu'elles voient en lui le fondement essentiel pour la création plutôt de l'obligation de conseil et non pas le moyen par lequel le devoir de conseil se concrétise. Cette erreur de perspective est à l'origine de l'impuissance des auteurs à justifier l'étrange solution jurisprudentielle qui explique par le contrat lui-même l'obligation précontractuelle de conseil mise à la charge du spécialiste. Or ce n'est plus tant le contrat qui fait le professionnel (31) que la proclamation de la profession, celle-ci constituant la cause déterminante du recours à un contractant donné : le professionnel.

(30) – La situation inverse peut aussi exister, le professionnel se trouvant alors investi d'une mission qui déborde le cadre de son activité traditionnelle.

(31) – Le contrat effectivement sert toujours à déterminer la qualité de professionnel, mais deux contrats peuvent suffire à qualifier l'activité. Les conditions jurisprudentielles sont parfois laxistes.

En conséquence, pour indéniable que soit la part du contrat dans la naissance de l'obligation, celle-ci doit être ramenée à de plus justes proportions d'autant que le rôle du contrat varie en fonction et des circonstances et de la situation juridique en cause. Il n'est donc pas sans intérêt de déterminer la contribution du contrat à l'éclosion de l'obligation avant de comprendre de quelle façon celui-ci intervient dans la détermination globale du domaine de l'obligation.

Il n'est pas de contrat qui ne soit susceptible de donner naissance à un moment ou à un autre à une obligation de conseil. L'origine de celle-ci peut être contenue dans le contrat lui-même. A défaut d'une telle possibilité, l'obligation sera greffée sur le contrat par la jurisprudence.

Paragraphe I

L'obligation contractuelle de conseil du banquier.

L'obligation de conseil est apparue au gré des espèces ; dès lors, c'est d'abord l'étude de la jurisprudence qui montre le rattachement de l'obligation de conseil au contrat. Mais comment ce rattachement est-il alors possible alors même que les parties n'ont pas voulu de cette obligation ? Il nous faudra donc étudier la justification de ce rattachement.

A

Le rattachement de l'obligation de conseil au contrat.

De nombreux contrats, à des titres divers, peuvent être générateurs d'une obligation de conseil. Celle-ci provient tantôt de l'objet même du contrat qui nécessairement implique une prestation de conseil, tantôt des obligations souscrites par l'initié qui s'engage à assurer une telle prestation. En effet, dans la banque, les contrats de conseil prennent aussi des aspects très divers.

Les tribunaux en situent notamment un cas à travers les rapports du banquier avec les clients pour lesquels il ouvre un compte courant alimenté en effets de commerce. Un arrêt de la Cour d'Angers (32) déclare que la banque n'avertissant pas, à temps, le porteur, du défaut de provision dans un chèque remis par lui à l'encaissement (il en serait de même du non-paiement d'une lettre de change remise à l'escompte) répond, à l'égard de son client, du préjudice éprouvé par lui si, dans cette ignorance, le client continue à faire crédit au débiteur de l'effet de commerce. C'est, à vrai dire, une simple obligation de renseignements. Mais un

(32) – V. Angers, 18 Juillet 1951, D. 1951. 691 : J.c.p. 1951. II. 6622.

conseil de prudence y est implicitement contenu.

Les contrats de dépôt de titres, impliquent, de plus en plus, chez les banques, un courant de conseils usuels, avertissant les clients de l'opportunité d'opérations diverses sur les titres déposés (33).

Un autre exemple concerne le rôle du banquier dans les opérations de change qui lui sont confiées. Il répondrait, comme mandataire et comme conseil, des erreurs et des omissions dont souffre le client, comme profane, dans les formalités exigées (34).

Le secteur le plus important où la banque conseille ses clients touche certainement la gestion financière des entreprises. Il n'est pas rare qu'elle y aille jusqu'à les « soutenir », dans l'espoir fallacieux de « sauver ses mises » antérieures, au-delà des limites raisonnables, s'exposant ainsi à être condamnée comme responsable envers d'autres commerçants trompés par ce crédit artificiel (35). Mais il s'agit ici d'une responsabilité envers les tiers.

Un autre secteur des conseils des banques concerne la conduite des portefeuilles privés. La jurisprudence y est plus que pauvre sur la responsabilité du banquier. Car le risque de perte qu'implique l'opération conseillée par lui est généralement normal. Et le client ne l'ignore pas. Il reste donc responsable de sa décision.

Et, quand les opérations de bourse se tournent vers les O.P.A et les concentrations, le banquier n'y conseille plus des profanes, mais y sert des super-initiés !

D'après les juges, en effet, le devoir de conseil est une obligation contractuelle, c'est-à-dire une obligation qui a pour source le contrat passé entre le banquier et son client. Parmi les décisions qui vont en ce sens, relevons en quelques-unes qui sont significatives de cette position. Ainsi en est-il par exemple d'un Arrêt en date du 5 Novembre 1991, dit arrêt « Buon », rendu par la chambre commerciale de la Cour de Cassation (36). Dans cette affaire, un contrat de dépôt de titres avait été conclu entre M. Jacques Buon et la Banque Populaire Bretagne-Atlantique. Il pratiquait par l'intermédiaire de la banque des opérations boursières et spéculait notamment sur le cours de l'or. Ces opérations spéculatives se sont finalement soldées par des pertes. La banque a alors réclamé à M. Buon le paiement du solde débiteur de son compte de dépôt de titres. Le tribunal de Grande Instance et la Cour

(33) – V. Trib. Lyon, 21 Octobre 1948, D. 1949. 115 ; Com. 3 Novembre 1952, Bull. Civ. III, n° 330 et les exemples cités par M. C. Gavalda, note D. 1971, p. 153.

(34) – V. Toulouse, 1^{er} Juillet 1957, J.c.n. 1957. II. 10206.

(35) – V. note C. Gavalda, sous Aix, 2 Juillet 1970, J.c.p. 1971. II. 6686.

(36) – Cet Article dispose que : « le débiteur est condamné, s'il y a lieu au paiement de dommages et intérêts, soit à raison de l'inexécution de l'obligation, soit à raison du retard dans l'exécution, toutes les fois qu'il ne justifie pas que l'inexécution provient d'une cause étrangère qui ne peut lui être imputée, encore qu'il n'y ait aucune mauvaise foi de sa part », Cf. Code Civil, 103^e Edition, Dalloz 2004, page 948.

d'appel ont accueilli la demande de la banque et ont refusé d'engager la responsabilité de la banque pour manquement à son devoir de conseil. Cependant, la cour de cassation casse l'arrêt de la cour d'appel et, au visa de l'Article 1147 du Code Civil (37) décide 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 ». Ainsi, le devoir de conseil du banquier est ici expressément rattaché au contrat de dépôt de titres. De plus, la cour de cassation vient préciser que cette obligation existe quelles que soient les relations contractuelles entre le client et sa banque, c'est-à-dire même si le contrat ne prévoit pas spécialement que le banquier est tenu d'une obligation de conseil envers son client. On retrouve la même solution dans de nombreuses hypothèses et notamment en matière d'octroi de crédit. Ainsi, on peut prendre l'exemple significatif de l'arrêt en date du 27 Juin 1995 (38) rendu par la première chambre civile de la cour de cassation. Dans cette affaire, la cour de cassation décide que le banquier est tenu, outre les obligations pesant sur lui en application de la Loi du 13 Juin 1979, d'un devoir de conseil envers l'emprunteur, c'est-à-dire envers son cocontractant. C'est encore une fois le contrat qui permet de découvrir une obligation de conseil à la charge du banquier. En effet, même si la cour de cassation ne se réfère pas en l'espèce aux règles du Code Civil régissant le contrat, nul doute que c'est bien une obligation contractuelle qui est ici en cause. En effet, la Cour se réfère à plusieurs reprises au devoir des prêteurs envers l'emprunteur, c'est-à-dire à l'obligation du contractant envers le cocontractant. De plus, il s'agissait ici de savoir si le prêteur aurait du avertir l'emprunteur des risques qu'il courait en souscrivant le contrat de prêt.

Cet arrêt qui reconnaît pour la première fois un devoir de conseil du prêteur envers l'emprunteur lors de l'octroi de crédit a été plusieurs fois réaffirmé dans son principe depuis lors. Ainsi, dans un arrêt du 23 juin 1998 (39), la Cour de cassation confirme l'arrêt de la Cour d'appel qui avait condamné un crédit-bailleur sur le fondement de l'Article 1116 du Code civil pour n'avoir pas déconseillé aux cautions de la société débitrice de ne pas prendre un tel engagement.

D'autre part, l'arrêt du 11 Mai 1999 (40), rendu par la chambre commerciale de la Cour

(37) – Cass. Com. 5 Novembre 1991, R.J.D.A 1/92, n° 68 ; Quot. Jur. 21 Janvier 1992, p. 6 ; R.T.D.Com 1992. 436, n° 22 ; Bull. Joly, 1993. 292.

(38) – Cass. Civ. 1^{ère}, 27 Juin 1995, Bull. Civ. I, n° 287 ; J.c.p Ed. E, II, 652, note Legeais (D.) ; R.T.D.Civ., 1996, p. 385, obs. Mestre (J.) ; Rep. Defrénois, 1995, Art. 36210, note Mazeaud (D.) et 1996, Art. 36352, note Scholastique (E.) ; D. 1995, 621, note Piedelièvre (S.).

(39) – Cass. Com, 23 Juin 1998, Bull. Civ. IV, n° 208.

(40) – Cet Article prévoit que : « le dol est une cause de nullité de la convention lorsque les manœuvres pratiquées par l'une des parties sont telles, qu'il est évident que, sans ces manœuvres, l'autre partie n'aurait pas contracté. Il ne se présume pas, et doit être prouvé, Cf. Code Civil Français de 2003, opcit, p. 889.

de cassation (41), vise l'Article 1147 du Code civil s'agissant de reconnaître le devoir de conseil du banquier. Certes, dans cet arrêt, l'emprunteur n'est pas accueilli dans sa demande, pour des raisons propres à l'espèce, mais il n'en reste pas moins que le principe même d'une obligation contractuelle de conseil y est admis.

Si le rattachement au contrat de l'obligation de conseil ne fait donc pas de doute, il est cependant intéressant de se demander comment la Cour de cassation peut alors même que le contrat ne prévoit pas d'obligation de conseil à la charge du banquier, l'imposer malgré la lettre du contrat.

B

La Justification du rattachement du devoir de conseil au contrat.

C'est une question classique que nous nous posons ici. En effet, elle est commune à toutes les obligations d'information et de conseil que le juge a dégagées depuis plus d'un siècle, la première fois à propos d'un vendeur de bicyclettes. La question se pose dans les termes suivants : Quel est le fondement de cette obligation de conseil contractuelle, accessoire à l'obligation principale du contrat (qui peut-être diverse : prêt, dépôt de titres...)? Plusieurs réponses ont été apportées par la doctrine. D'après le courant de l'autonomie de la volonté, ces obligations de conseil, « découvertes par la jurisprudence » sont l'expression de la volonté implicite des cocontractants : les cocontractants ont voulu l'obligation principale, certes, mais ils ont aussi voulu des obligations accessoires de conseil et d'information. Il ne peut en être autrement dès lors que les obligations contractuelles ne trouvent leur source que dans la volonté des parties. C'est alors en faisant parler le Contrat, en l'interprétant que le juge les met en lumière. Cette première théorie est largement critiquable : en effet, cette position est démentie par les textes : d'abord par l'Article 1134 al. 3 du Code civil qui dispose que « les conventions s'exécutent de bonne foi » et l'Article 1135 (42) du Code Civil qui dispose que « les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature ». Les conventions obligent donc d'après ces deux articles non seulement à ce que les parties ont voulu mais aussi à ce qu'imposent la bonne foi, la loi, et l'équité (principes retenus aussi par l'Article 107 du Code Civil Algérien). Les tenants de la théorie de l'autonomie de la volonté

(41) – Cass. Com. 11 Mai 1999, J.c.p. 1999, p. 1730 ; Note Legeais (D.)

(42) – l'Article 1135 du Code Civil Français prévoit que : « Les conventions obligent non seulement ce qui est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature », Cf. Code Civil, opcit, p. 931.

rétorquent alors que la bonne foi et l'équité ne doivent se comprendre qu'à la lumière de la volonté des parties. Mais il semble malgré tout que cette position rencontre des obstacles sérieux tenant à la fois à la théorie mais aussi à la pratique jurisprudentielle.

En premier lieu, il apparaît difficile de concevoir que les parties ont véritablement voulu, même tacitement, l'obligation de conseil. En effet, comme le relève Mme Viney (43), ces volontés sont soit inexistantes soit non concordantes. Le banquier veut faire le plus de bénéfices possibles. Pour cela, il doit vendre des services, comment envisager sérieusement qu'il Veuille Conseiller le titulaire d'un compte à ne pas utiliser ces services qui pourront être préjudiciables pour ce client ? Par exemple, prenons le client d'une banque qui est un dépensier acharné. Ce client est titulaire d'un compte de dépôt. Le banquier aura tendance à lui proposer une autorisation de découvert, car c'est un service payant. Pourtant, ce découvert n'est pas dans l'intérêt du client, qui ce faisant pourra dépenser à tort et à travers. En dehors de savoir s'il pourra rembourser ou non, qui pose un autre problème, il est évident que le banquier n'a pas voulu conseiller mais seulement vendre un de ses services. Il est donc faux de dire que les parties ont voulu, même tacitement cette obligation de conseil. L'obligation de conseil n'est pas voulue mais est imposée au banquier par le juge en fonction d'intérêts supérieurs : l'équité (Article 1135 du Code Civil) ou de la bonne foi (Article 1134 du Code Civil (44)). Ce sont donc, des obligations qui « ne sont plus à base de consentements mais à base d'autorité. »

D'autre part, une autre remarque est également valable qui va nous permettre de rejeter la position des tenants de la théorie de l'autonomie de la volonté. Cette remarque peut-être tirée de la pratique jurisprudentielle. En effet, si on regarde bien les arrêts rendus par la Cour de cassation dans la matière et plus précisément les arrêts sus étudiés rendus à propos du devoir de conseil en cas de compte de dépôt de titres, un fait vient marquer nos esprits. La Cour de cassation, dans l'arrêt Buon, arrêt fondateur en la matière, vient reconnaître un devoir de conseil à la charge des banquiers, « quelles que soient les relations contractuelles » entre le client et sa banque. L'obligation de conseil est donc reconnue en l'espèce et cette reconnaissance est indifférente à la relation contractuelle qui existe entre le client et sa banque. La consistance des volontés, leur contenu exact importent peu, s'agissant de savoir s'il existe ou non un devoir de conseil à la charge du banquier. Dès lors,

(43) – Viney (G.) et Jourdain (P.), *Traité de droit civil : les conditions de la responsabilité*, sous la direction de Ghestin (J.), L.G.D.J., 2^{ème} Ed. 1998.

(44) – L'Article 1134 du Code Civil dispose que : « les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise. Elles doivent être exécutées de bonne foi », Cf. Code Civil, opcit, p. 921.

on ne peut définitivement plus soutenir sérieusement que cette obligation trouve sa source dans la volonté implicite des parties. De même l'ensemble des arrêts de la Cour de Cassation qui portent sur le devoir de conseil du banquier sont symptomatiques d'un raisonnement où la volonté des parties n'entre pas en ligne en compte. Ainsi, en matière d'octroi de crédit, la Cour de Cassation reconnaît le devoir de conseil dans l'arrêt en date du 27 Juin 1995 précité : « lorsqu'il apparaît à ce professionnel que les charges du prêt sont excessives par rapport à la modicité des ressources de l'emprunteur ». Il n'y a ici encore aucune référence à la volonté des parties au contrat, même tacite. Au contraire, la Cour de Cassation se borne à souligner un déséquilibre entre le professionnel et le consommateur, déséquilibre qui justifie la consécration du devoir de conseil. C'est donc ici l'équité qui rend nécessaire l'existence d'un devoir de conseil à la charge du banquier, en application de l'Article 1135 du Code Civil précité.

D'ailleurs, les contractants ont pris acte de cette jurisprudence et lorsqu'ils invoquent un manquement au devoir de conseil, ne négligent pas de viser les Articles 1134 Alinéa 3 ou 1135 du Code Civil. De même, il n'y a plus guère aujourd'hui d'auteurs qui se réfèrent en la matière à la volonté implicite des parties au contrat et tous voient dans les obligations de conseil une expression de l'équité ou de la bonne foi (45).

Le cocontractant est donc créancier du devoir de conseil mais est-il le seul créancier du devoir de conseil ? Pour répondre affirmativement, il faut reconnaître à la charge du banquier un devoir de conseil lié à l'exercice de sa profession.

Paragraphe II

L'hypothèse d'un devoir de conseil professionnel du banquier.

Le cocontractant est le créancier du devoir de conseil, certes. Mais est-il le seul ?

A brûle-pourpoint, on serait tenter de répondre non, car nombreux sont les exemples où le conseil du banquier est nécessaire et son absence préjudiciable, hors l'idée même de tout contrat.

Par exemple, lorsque le banquier exerce une mission de rapprochement d'entreprises en vue d'une fusion acquisition, il est tenu d'un devoir de conseil contractuel envers la société cliente. Ne devrait-il pas prodiguer des conseils également à la société qu'il a proposée au rapprochement et ce même si celle-ci n'est pas cliente ? D'autre part., imaginons le détenteur d'une carte bancaire qui la perd. Loin de chez lui, il ne peut

(45) – Voir par exemple : Viney (G.) et Jourdain (P.), *Traité de droit civil : les conditions de la responsabilité*, sous la direction de Ghestin (J.), L.G.D.J., 2^{ème} Ed. 1998.

demander de conseil au banquier dont il est le cocontractant sur l'attitude à adopter dans ce cas. Cependant, s'il entre dans une autre banque, celle-ci ne lui doit-elle pas un conseil ? On peut aussi imaginer le cas du client d'une banque qui peut être créancier d'un devoir de conseil alors même que le conseil n'est en rapport avec aucun contrat en cours d'exécution ni même en pourparlers. Par exemple, un client est interdit bancaire : ne doit-il pas bénéficier des conseils de son banquier quant aux conséquences de cette interdiction, aux conditions de sa levée, etc.... On pourrait encore trouver d'autres exemples. Un client d'une banque veut se procurer un bien immobilier, or les taux du crédit immobilier sont justement fort élevés pour le moment. Le banquier ne doit-il pas lui conseiller d'attendre ? D'autre part, un autre client de cette banque veut acquérir un bien meuble, une automobile, par exemple, il va voir son banquier pour solliciter une ouverture de crédit ; Le banquier ne doit-il pas lui proposer d'autres possibilités de financer ce bien ? Certains diront que cet exemple est faux, qu'ici on peut rattacher le devoir du banquier au contrat, le défaut de conseil du banquier sera de nature précontractuelle. Mais, si dans cet exemple on imagine que le banquier a seulement proposé à son client la conclusion d'un crédit-bail, et que devant le coût de cette opération, le client ait renoncé au bien qu'il projetait d'acquérir, alors, le défaut de conseil ne pourra être sanctionné ni sur le terrain des vices du consentement (il n'y en a pas eu) ni sur le terrain de la responsabilité contractuelle. La faute du banquier ne pourra pas alors être sanctionnée, à moins de reconnaître que le banquier est tenu d'un devoir de conseil professionnel et de retenir sa responsabilité sur le terrain de l'Article 124 du Code Civil Algérien actuel qui prévoit que : « tout acte quelconque de la personne qui cause à autrui un dommage oblige celui par la faute duquel il est arrivé , à le réparer » (Voir Chapitre III, Section 1 de la Loi n° 05-10 du 20 Juin 2005 modifiant et complétant l'Ordonnance n° 75-58 du 26 Septembre 1975 portant Code Civil).

Pour savoir si le cocontractant est le seul créancier du devoir de conseil, nous devons poser, immanquablement, la question du fondement du devoir de conseil. Pour envisager que le cocontractant n'est pas le seul créancier du conseil, il faut préalablement reconnaître que le banquier est tenu au conseil non pas en vertu d'un contrat mais en vertu de sa seule qualité de banquier. Ce serait alors le seul exercice de la profession de banquier qui générerait l'obligation de conseil. Par suite, le banquier serait tenu envers tous d'un devoir de conseil.

Cette hypothèse est-elle concevable ? Oui, certainement. Cependant, même si cette solution est envisageable (A), Il semble que la jurisprudence la rejette, faisant ainsi du cocontractant le seul créancier du conseil (B).

A

Une hypothèse envisageable.

Il n'y a a priori pas d'obstacles majeurs à une telle entreprise. La Cour de cassation s'agissant du notaire, n'a-t-elle pas considéré que celui-ci était tenu d'un devoir général de conseil et fondé ce devoir sur l'Article 1382 du Code civil Français visant la faute (laquelle faute est aussi visée par l'Article 124 du Code Civil Algérien actuel précité).

Pourquoi ne pas retenir la même solution s'agissant du banquier ? Cette question n'est ni vaine ni inutile et ce pour plusieurs raisons.

Si on tente de procéder à une comparaison avec le notaire, on s'aperçoit que ce professionnel est tenu à un véritable devoir de conseil et non à une obligation de conseil, la jurisprudence en sanctionnant les manquements sur le terrain de la responsabilité délictuelle de l'Article 1382 du Code civil. Le fondement de cette position Prétorienne est à rechercher, selon les auteurs, dans le statut même de la profession de notaire. Le notaire est un officier public, dont l'activité est strictement réglementée. Telles sont les raisons couramment avancées pour justifier le fondement du devoir de conseil du notaire. Or, on constate que le banquier est lui aussi soumis à un statut légal, que l'accès à cette profession est strictement contrôlé par l'autorité publique et que les établissements de crédit détiennent un monopole en ce qui concerne les activités bancaires.

Dès lors, la solution retenue quant au devoir de conseil du notaire n'est-elle pas transposable au devoir de conseil du banquier ? Pour répondre à cette question, il faut se poser plusieurs questions. Pour que le devoir de conseil soit rattaché à l'exercice même de la profession, il faut que l'activité de conseil apparaisse comme inhérente, nécessaire dans l'exercice de la profession de banquier.

La question qu'il convient de se poser est alors la suivante : quelles sont les caractéristiques de l'activité bancaire ?

L'établissement de crédit entretient avec son client un rapport particulier. La relation client/banquier n'est pas la même que celle qui unit l'acquéreur occasionnel au vendeur. En effet, Il existe entre eux une relation suivie, souvent « globale », dans le sens où le banquier va tenir, par exemple, le compte de l'époux, celui de l'épouse, le compte joint, accorder un crédit pour la maison et la voiture, etc... De plus, il existe entre le client et la banque un rapport de confiance. La preuve en est, par exemple, que la Convention de compte est un contrat conclu intuitu personae. Or, cette convention est à la base des relations entre le banquier et son client.

D'autre part, examinons attentivement la façon dont se passent les échanges entre le banquier et son client.

Le client qui vient voir son banquier le fait en général car il a un projet déterminé (acheter une maison, faire fructifier ses économies). Par contre, il n'a pas d'idée précise quant au contrat bancaire qui lui permettra de réaliser ses projets. C'est donc au banquier qu'il revient d'analyser les besoins de son client puis de lui indiquer les services adaptés. C'est la mission même du banquier. Or, il apparaît avec netteté, quand on la décrit de la façon suivante, qu'elle implique inévitablement un conseil. D'ailleurs, les publicités de ces mêmes banquiers en font foi. Ne sont pas rares les affiches du genre « un conseil personnalisé », « vous avez des projets : parlez-en à votre banquier. » etc... La pratique montre aussi que les banques interrogent leurs clients sur leurs habitudes, projets, avenir, carrière (etc...) dans le but de mieux les connaître et ainsi mieux évaluer leurs besoins et mieux les conseiller. C'est donc dans la nature même de sa profession que le banquier est appelé à conseiller et c'est donc à cette profession que le devoir de conseil doit être rattaché. Dès lors, c'est à l'ensemble de ses clients qu'il doit son conseil, même hors contrat. Pour les autres sujets de droit, cela paraît plus difficile. Il n'y a pas de confiance tant qu'il n'y a pas de relation de clientèle.

Pourtant, Il n'est pas inconcevable, que celui qui entre dans une banque car Il a perdu sa carte de paiement attende qu'on lui indique et conseille l'attitude à adopter.

Il ne faut donc pas exclure cette hypothèse trop rapidement. Plusieurs indices tendent à nous le laisser croire. Il faut d'abord partir d'un double constat. Le banquier est soumis à un strict statut légal et jouit d'un monopole. D'autre part, il est investi d'une mission d'utilité sociale.

La profession bancaire, en effet, est d'abord soumise à un statut qui intéresse à la fois l'accès à la profession, l'exercice et la sortie. Notons d'abord qu'une personne physique ne peut exercer la profession de banquier.

L'accès est subordonné à un agrément bancaire accordé par décision du gouverneur de la Banque d'Algérie et publié au Journal Officiel de la République Algérienne Démocratique et Politique (Article 92 de l'Ordonnance n° 03-11 relative à la monnaie et au crédit précitée). L'agrément est accordé si la société a rempli toutes les conditions fixées à la banque ou à l'établissement financier par l'Ordonnance n° 03-11 relative à la monnaie et au crédit et les règlements pris en application ainsi que, éventuellement les conditions spéciales dont l'autorisation est assortie. Les succursales de banque et d'établissements financiers autorisées en vertu de l'Article n°88 de la même Ordonnance n° 03-11 sont agréées après avoir rempli les mêmes conditions. On peut donc aux vues des conditions nécessaires pour

exercer la profession de banquier, convenir d'un constat : cet accès est strictement réglementé.

L'Ordonnance n° 03-11 a pour effet de fournir un cadre commun à l'ensemble de la profession bancaire. L'exercice de cette profession se caractérise par le monopole reconnu aux banques. Ce monopole est principalement régi par l'Article 70 de cette Ordonnance qui dispose que : « Seules les banques sont habilitées à effectuer à titre de profession habituelle toutes les opérations décrites aux Articles 66 à 68, notamment, la réception de fonds du public et les opérations de crédit » et l'Article 76 qui énonce « qu'il est interdit à toute personne physique ou morale autre que banque ou établissement financier, selon le cas, d'effectuer les opérations que ceux-ci exercent d'une manière habituelle en vertu des Articles 72 à 74 à l'exception des opérations de change effectuées conformément au règlement du conseil ».

Il n'y a donc, on le voit, qu'un seul et unique professionnel de la banque : « le Banquier ». Mais nous constatons également que si le banquier est le seul professionnel de la banque, il est astreint à une mission d'utilité sociale, de service public entendu au sens large et non pas au seul sens du droit public.

En général, on considère que les banques pratiquent, essentiellement, des crédits d'exploitation, c'est-à-dire à court terme, les crédits à moyen et long terme étant plutôt accordés par d'autres catégories d'établissements de crédit, même si, en pratique, elles interviennent dans tout type d'opération, y compris dans les crédits à moyen et long terme.

La condition d'accès au statut d'établissement de crédit est donc réglementée par l'Article 92 de l'Ordonnance n° 03-11 de 2003 relative à la monnaie et au crédit qui impose, en effet, d'obtenir un agrément accordé par décision du gouverneur de la Banque d'Algérie.

Bien que la banque privée soit une entreprise de droit privé, l'idée qu'elle accomplit une mission analogue à une mission de service public n'est pas à discuter. En effet, on peut noter plusieurs indices qui vont en ce sens. D'abord, cela s'explique parce que le banquier fait le commerce de la monnaie. Or la monnaie, pour reprendre l'expression du Professeur Stoufflet (46) est « le sang de l'économie », elle confine sans aucun doute aux missions les plus régaliennes de l'Etat. Dès lors, « les actes et les abstentions du banquier ont de ce fait des conséquences sans commune mesure avec les comportements des autres agents économiques ». De plus, c'est aussi l'activité de crédit qui confine à une mission de service public. Certes, le crédit reste une activité lucrative mais son intérêt public est évident. Le crédit est nécessaire dans une société d'économie de marché : il permet les investissements

(46) – Stoufflet (J.), Devoirs et responsabilité du banquier à l'occasion de la distribution du crédit, Rapport aux journées de droit bancaire de l'Université Paris I, 10 et 11 Février 1977, in Rives-Langes (J.L.) et Contamine-Raynaud (M.), Droit Bancaire, Dalloz 6^{ème} Ed., 1995, n° 650.

des entreprises comme des ménages et participe ainsi à la bonne santé de l'économie et à son développement. Enfin un certain nombre d'obligations (Article 526 bis (47) et 526 bis 1 (48) de la Loi Algérienne n° 05-02 du 6 Février 2005 modifiant et complétant l'Ordonnance n°75-59 du 26 Septembre 1975 portant code de commerce (J.O.R.A.D.P n° 11 du 09 Février 2005) pèsent sur les banquiers. Le banquier doit rester maître de refuser telle ou telle ouverture de compte, mais son refus éventuel doit être motivé et ce afin de permettre à la banque d'Algérie au cas où celle-ci serait saisie par la personne « éconduite » d'apprécier. Indépendamment du cas de l'interdiction bancaire (Article 526 bis 3 (49) de la loi n° 05-02 d 6 Février 2005) ou judiciaire, l'organisme national qu'est la banque d'Algérie ("Banque des Banques") pourra, toujours, ordonner à une banque de contracter avec tel client, mais avec le seul devoir de lui offrir le service minimum de caisse, sans obligation de remise de chèquiers. Ainsi, la mise en place d'un dispositif adéquat, permet, en pratique, une relative sélection de la clientèle réalisée par le banquier assurant, conséquemment, une certaine prévention des impayés.

Le banquier se trouve donc être finalement celui qui permet l'exercice du droit au compte. Il a donc, on peut le constater, des missions d'intérêt général : le crédit, la lutte contre le blanchiment d'argent prévue par la loi n° 05-02 précitée, le droit au compte sont autant d'activités qui relèvent de l'intérêt général. On pourrait en citer d'autres, comme la mission de police dont il est investi en matière d'interdiction bancaire, prévue également par la même Loi n° 05-02 à l'Article 526 bis 3 précité.

Le banquier accomplit donc une activité qui remplit au moins une des conditions du service public, celle d'une activité d'intérêt général. D'autre part, il est soumis au contrôle de l'Etat, puisqu'il n'exerce son activité qu'après l'agrément accordé par décision du gouverneur de la Banque d'Algérie. Sans dire pour autant qu'il soit investi d'une mission de service public au sens strict, puisqu'en effet, il ne faut pas oublier que l'activité de banque est avant tout lucrative, il faut tout de même convenir que le banquier assume pour le moins une mission d'utilité sociale qui lui est imposée par le législateur. La jurisprudence, appuyée par

(47) – Article 526 bis (Loi n° 05-02 du 6 Février 2005) : « Avant toute délivrance de chèquiers à leurs clients, les banques et les institutions financières dûment habilitées doivent consulter immédiatement le fichier des incidents de paiement de la centrale des impayés de la Banque d'Algérie ».

(48) – Article 526 bis 1 (Loi n° 05-02 du 6 Février 2005) : « Le tiré est tenu de déclarer tout incident de paiement pour absence ou insuffisance de provision à la centrale des impayés dans les quatre (4) jours ouvrables suivant la date de présentation du chèque, dans l'une des formes prévues à l'Article 502 du présent code ».

(49) – Article 526 bis 3 (Loi n° 05-02 du 6 Février 2005) : « Lorsque la procédure de régularisation, prévue à l'Article 526 bis 2, s'avère infructueuse ou en cas de récidive dans les douze (12) mois suivant le premier incident de paiement, même si celui-ci est régularisé, le tiré prononce à l'encontre du tireur une interdiction d'émettre des chèques ».

la doctrine, n'a pas manqué de le relever puisqu'elle s'est basée sur cette notion plusieurs fois pour élargir le devoir de prudence du banquier. On peut citer par exemple, un arrêt de la Cour d'Appel d'Amiens (Chambres réunies) en date du 24 Février 1969 (50) et un arrêt de la Cour d'Appel de Paris en date du 26 Mai 1967 (51).

Si on prend acte des deux constatations, on voit que l'établissement de crédit, seul professionnel de la banque, doit exercer cette activité non seulement dans un but lucratif mais aussi dans le but d'être utile à la société. Dès lors, comment ne pas concevoir que les banquiers soient dans l'obligation de prodiguer tous les conseils nécessaires relatifs à l'activité qu'ils sont seuls à parfaitement maîtriser ? En effet, si on estime que les banquiers ne sont pas tenus à un devoir de conseil lié à l'exercice même de leur profession, cela revient à dire qu'ils seront les seuls détenteurs de ce savoir et qu'ils n'auront pas à le transmettre, hors les cas où un contrat le prévoira, mais alors, le conseil sera rémunéré. Dès lors, le consommateur ne pourra obtenir les renseignements utiles et les outils de ce savoir nulle part ailleurs. Or, le banquier n'exerce pas une activité purement lucrative mais est investi par la loi d'une véritable mission d'intérêt social, qui induit d'une part que le banquier doit transmettre ses connaissances du milieu bancaire mais aussi qu'il doit le faire au bénéfice de l'ensemble de la société. Dès lors, l'existence d'un devoir de conseil lié à la profession de banquier semble évidente. En effet, la transmission de cette connaissance de l'activité bancaire ne peut se résumer à informer puisque les opérations bancaires, techniques, ne pourraient en aucun cas être valablement transmises seulement par l'information. Il faut aussi fournir la grille de lecture de ces informations et cela passe nécessairement par le conseil.

Cependant, cette position, si elle peut-être retenue, limiterait aux activités sujettes au monopole le devoir de conseil des banques, c'est à dire au crédit, moyens de paiement et réception des fonds du public. Dès lors, en ce qui concerne les opérations annexes, le banquier ne serait tenu qu'envers son cocontractant à une obligation de conseil. Quelles sont les réponses de la jurisprudence sur cette hypothèse ?

B

Une hypothèse rejetée par la jurisprudence.

Quelques arrêts peuvent laisser penser que la Cour de cassation n'exclut pas de rattacher le devoir de conseil à l'exercice de la profession.

(50) – Amiens, Ch. Réunies 24 Février 1969, J.c.p. 1969, II, 15560, obs. Cabrillac.

(51) – Paris 26 Mai 1967, J.c.p. 1968, II, 15518, note Stoufflet (J.).

Il faut d'abord relever l'arrêt précité du 27 Juin 1995 rendu par la première chambre civile de la Cour de Cassation. Dans cette affaire, deux époux avait financé une opération immobilière au moyen de trois prêts consentis par le Crédit Foncier de France (C.F.F), l'Union de crédit pour le bâtiment (UCB) et le Comité de logement de Clermont-Ferrand et du Puy de Dôme (Colog). Mais les charges de ces opérations de crédit étaient trop coûteuses pour les deux époux. Aussi, ils ont demandé l'annulation de ces prêts. La Cour de cassation refuse d'annuler les contrats de prêts mais sanctionne les établissements de crédit pour manquement à leur devoir de conseil. Selon la Cour : « La présentation d'une offre préalable conforme aux exigences de l'Article 5 de la Loi du 13 Juillet 1979 ne dispense pas l'établissement de crédit de son devoir de conseil à l'égard de l'emprunteur, en particulier, lorsqu'il apparaît à ce professionnel que les charges du prêt sont excessives par rapport à la modicité des ressources du consommateur. »

Ici, on le voit, pour la Cour de cassation, le débat ne se situe pas entre les parties à un contrat mais entre le professionnel et le consommateur. Dès lors, c'est bien le professionnel, dans cet arrêt, qui est tenu d'un devoir de conseil et non le cocontractant. De même, ce n'est pas le cocontractant qui est ici créancier du devoir de conseil mais le consommateur. Cette formulation générale utilisée par la Cour de cassation, si elle ne consacre évidemment pas directement l'existence d'un devoir professionnel de conseil à la charge du banquier, semble ouvrir cependant la porte à une telle reconnaissance. Dans le même sens, on trouve un arrêt en date du 10 février 1998 rendu par la première chambre civile de la Cour de cassation, qui décrit l'obligation de conseil du banquier comme une obligation « professionnelle ».

De même, une espèce en date du 27 Janvier 2001 (52) est particulièrement remarquable. Dans cette affaire, le client d'une banque avait ouvert, sur les conseils de la Caisse d'épargne deux plans épargne et un plan épargne action pour y placer une somme de 100 000 FF (monnaie de l'époque ayant précédé l'Euro). Se plaignant du rendement insuffisant de ces placements, le client a mis en cause la responsabilité de la Caisse, lui reprochant un manquement à son devoir de conseil. La Chambre commerciale rejette la demande du client. Cependant, elle ne rejette la demande que parce que selon elle, la Caisse avait justement exécuté son devoir de conseil. Dès lors, il y a, de façon sous jacente, la reconnaissance du devoir de conseil allégué par le client.

Or, dans cette affaire le devoir de conseil portait sur la nature des comptes à ouvrir et non pas sur les comptes qui ont été effectivement ouverts. On est en fait bien près de l'exemple où il y a une renonciation pure et simple au contrat. Si le client en l'espèce, avait renoncé au contrat, le devoir de conseil tel qu'il est entendu ici aurait tout de même existé.

(52) – Cass. Civ. 1^{ère}, 22 Février 1984, D. 1984, jur. P. 386, note Groutel (H.) et Berr (Cl. J).

Dès lors, ce devoir de conseil n'était pas contractuel. Ce qui était reproché en l'espèce, c'est d'avoir failli à une mission de conseil, mission de conseil qui n'était pas contractuelle mais professionnelle. Le devoir de conseil en l'espèce n'était pas dû au cocontractant mais au client, c'est à dire à celui qui a confiance en son banquier, qui attend de lui toute l'aide nécessaire pour protéger au mieux ses intérêts.

Dans un même ordre d'idée, la jurisprudence, de plus en plus favorable aux cautions, peut être rattachée au devoir de conseil. Pour le Professeur Legeais (53) cela ne fait aucun doute, même si cette reconnaissance est implicite. Ainsi on relèvera, avec lui, un arrêt de la Cour d'appel de Paris en date du 30 Mai 1997 (54) qui est venu sanctionner le silence du banquier sur la situation lourdement obérée du débiteur sur le fondement du devoir de conseil du débiteur. De même, la banque est fautive lorsqu'elle sollicite un cautionnement disproportionné aux ressources du débiteur. Or, le principe de proportionnalité est lui-même, selon M. Legeais, la conséquence du devoir de conseil. Cette idée, partagée par d'autres auteurs (55) est parfaitement justifiable si on fait un parallèle avec le devoir de conseil à l'égard de l'emprunteur. Selon l'arrêt du 27 Juin 1995, le banquier manque à son devoir de conseil « en particulier lorsqu'il apparaît à ce professionnel que les charges du prêt sont excessives par rapport à la modicité des ressources du consommateur », c'est à dire lorsqu'il méconnaît le principe de proportionnalité. Ainsi donc, le principe de proportionnalité est un corollaire du devoir de conseil. Dès lors, il n'y a qu'un pas pour dire que le banquier est tenu envers les cautions d'un devoir de conseil. Pourtant, le cautionnement est un contrat unilatéral qui n'engage que la caution. Dès lors, il semble difficile de rattacher ce devoir de conseil au contrat qui lie la caution au créancier. Au contraire, cette jurisprudence semble faciliter l'acceptation d'un devoir de conseil inhérent à l'exercice de la profession de banquier.

Enfin, dans un arrêt en date du 7 avril 1992 (56), la Cour de cassation a condamné une banque pour manquement à son devoir de conseil, alors même que celle-ci n'avait joué qu'un rôle d'Intermédiaire dans l'opération et qu'elle n'était liée par aucun contrat à la société créancière du conseil.

On le voit, dans cette affaire, la banque est tenue au devoir de conseil envers non pas un cocontractant, ni même un client, mais un tiers.

(53) – Legeais (D.), L'obligation de conseil de l'établissement de crédit à l'égard de l'emprunteur et de sa caution, Mélanges AEDBF, 1999, p. 257.

(54) – Paris, 30 Mai 1997, Juris-data n° 021367, in Legeais (D.), L'obligation de conseil de l'établissement de crédit à l'égard de l'emprunteur et de sa caution, Mélanges AEDBF, 1999, p. 257.

(55) – Piedelièvre (S.), Le cautionnement excessif, Rep. Defrénois, 1998, Art. 36836, p. 849 et spécialement n° 14.

(56) – Cass. Com. 7 Avril 1992, pourvoi n° 90-14955.

Cependant, l'espèce était très particulière et cet arrêt a été démenti par d'autres décisions. Ainsi, un Arrêt en date du 4 octobre 1994 (57) constate que le demandeur n'avait pas sollicité les conseils de l'établissement de crédit pour rejeter l'existence d'un devoir de conseil. D'autre part, un arrêt en date du 18 Mai 1999 (58) retient que le banquier n'était intervenu que comme intermédiaire et non pas comme conseil en commerce international. Dès lors, il n'était pas tenu de conseiller le demandeur sur l'opération envisagée. Enfin, dans un Arrêt en date du 3 Mai 2000 (59), la Cour de cassation retient que la banque n'avait pas été « mandatée aux fins d'expertiser le montage financier » et qu'elle n'avait pas alors à le conseiller en la matière.

Plusieurs affaires ont donc pu nous montrer que le cocontractant n'est pas le seul créancier du devoir de conseil. Mais elles sont contredites par d'autres décisions. En somme, ces arguments sont bien maigres et ne semblent malgré tout pas décisifs. Par exemple, en ce qui concerne l'Arrêt du 27 juin 1995 (60), les arrêts confirmatifs ne vont pas en ce sens. Ainsi, par exemple, les arrêts rendus par la chambre commerciale, qui reconnaissent eux aussi un devoir de conseil à la charge du banquier visent l'Article 1147 du Code Civil.

D'autre part, il apparaît impossible de dire, à partir des seules décisions que nous avons citées, que la Cour de cassation reconnaît tout sujet de droit, ou même le client « hors contrat », créancier d'un devoir de conseil. Il nous est même impossible de dire qu'il existe un courant jurisprudentiel en faveur d'une telle analyse. Cependant, nous devons noter que ceci est regrettable. D'abord, parce qu'une telle analyse permettrait, en agrandissant le cercle des créanciers, de renforcer le devoir de conseil des banques. Ce renforcement du devoir de conseil serait en harmonie avec la mission « d'intérêt social » dont est investi le banquier. D'autre part, il nous semble qu'une telle position permettrait d'apporter de la cohérence aux règles relatives au devoir de conseil en général., à un double point de vue. D'une part, on a vu que le notaire est soumis à un devoir de conseil envers tous les sujets de droit du fait de l'exercice même de sa profession. Au contraire, le vendeur (par exemple) n'est soumis qu'à une obligation de conseil. Les auteurs expliquent cette différence, on l'a vu, par le statut auquel sont soumis les notaires, l'existence d'une profession réglementée. Au contraire, le vendeur, relevant de la liberté de commerce et d'industrie, ne serait soumis qu'à une obligation de conseil envers son cocontractant. Dès lors, le banquier qui est soumis, comme le notaire à une réglementation stricte devrait lui aussi être soumis à un devoir de conseil général. D'autre part, faire du cocontractant le seul créancier du devoir de

(57) – Cass. Com. 4 Octobre 1994, pourvoi n° 91-14143.

(58) – Cass. Com. 18 Mai 1999, pourvoi n° 96-14742.

(59) – Cass. Com. 3 Mai 2000, pourvoi n° 97-11209.

(60) – Cass. Civ. 1ère, 27 Juin 1995, opcit.

conseil amène la Cour de cassation, lorsqu'elle veut sanctionner une faute du banquier, à rattacher abusivement le devoir de conseil au contrat. En effet, dans un arrêt en date du 22 Février 1984 (61), la Cour de cassation est venue reconnaître le devoir de conseil de la banque en matière d'assurances groupe jointes à un prêt. Dans cette affaire, une cliente de la Caisse d'Épargne de la Côte d'Opale avait conclu deux contrats de prêts immobiliers d'un montant de 150 000 FF chacun. Pour couvrir les risques de cet emprunt, l'emprunteuse s'est engagée à adhérer à une assurance. Cette adhésion a été refusée par la compagnie d'assurances. La banque a reversé le montant des frais de dossier sur le compte de l'emprunteuse, sans explications. La Cour de cassation sanctionne alors la banque pour avoir manqué à son devoir de conseil : « mais attendu que le prêt consenti par la Caisse d'Épargne étant garanti par une assurance de groupe, ladite caisse était tenue envers l'assuré d'un devoir de conseil [...] » Dès lors, dans cette affaire, le banquier était tenu à une obligation contractuelle de conseil, c'est parce que le prêt était garanti par une assurance-groupe, cela signifie que c'est le contrat d'assurance conclu entre le banquier et la compagnie d'assurances qui fait naître, dans l'exécution du Contrat de prêt un devoir de conseil. Sans donner plus d'explications, il apparaît en l'occurrence que le rattachement du devoir de conseil au contrat apparaît discutable. Un autre exemple, plus ancien, peut être évoqué. Les faits sont les mêmes. Dans un arrêt de la Cour d'appel de Rennes en date du 9 juillet 1975, la Cour est venue sanctionner le banquier en tant que mandataire du client, qui lui devait, à ce titre, certaines obligations, dont celle de le conseiller.

Le rattachement du devoir de conseil au contrat va permettre de fixer l'étendue du devoir de conseil.

(61) – Cass. Civ. 1ère, 22 Février 1984, D. 1984, jur. p. 386, note Groutel (H.) et Berr (Cl.J.).

Section II

L'étendue du devoir de conseil du banquier.

Le devoir de conseil est contractuel. Cela signifie que seul le cocontractant peut se prévaloir du devoir de conseil. Mais tous les cocontractants peuvent-ils se prévaloir du devoir de conseil. Ce bénéfice n'est-il pas réservé au seul cocontractant qui souffre d'un déséquilibre par rapport au banquier ? Cela pose la question de l'étendue du devoir de conseil quant aux cocontractants (Sous-Section I). D'autre part, on peut se demander à quels contrats est attaché le devoir de conseil. C'est la question de l'étendue du devoir de conseil quant au domaine d'application (Sous-Section II).

Sous-Section I

L'étendue du devoir de conseil du banquier quant aux cocontractants.

C'est, on l'a vu, l'équité qui justifie l'existence d'un devoir de conseil à la charge du banquier envers son cocontractant. Ce devoir de conseil trouve donc sa raison d'être dans le constat d'un déséquilibre entre le banquier et son cocontractant. Ce déséquilibre est un déséquilibre technique : le banquier, professionnel, maîtrise la connaissance des opérations bancaires. Le client, non professionnel, ne maîtrise, ni ne comprend cette activité bancaire. Pour rétablir une égalité de fait entre les cocontractants, la jurisprudence fait appel au devoir de conseil. Le banquier, par le biais du conseil, est amené à partager son savoir et son expérience avec le client. Ainsi, banquier et client conseillé sont désormais à égalité. A ce stade, si on considère le déséquilibre entre le banquier et son client, on dira que le créancier du devoir de conseil est un profane.

Paragraphe I

Le profane : créancier du devoir de conseil.

Le créancier du devoir de conseil est un profane, certes, mais quelle est la définition du profane ? Procédant par élimination, on va d'abord rechercher la définition étymologique du terme profane.

Étymologiquement, le profane se définit comme la personne qui est étrangère à la religion (62). Ce n'est qu'à la fin du XVII^{ème} siècle lorsque la civilisation devint technique et scientifique que cette notion, à la résonance mystique encore indéniable, désignera

(62) – Définitions proposées par le Lexis Larousse et le Petit Robert.

l'ignorant ; car la science chassant le mystère transforme le couple originel profane-initié en un rapport d'ignorant à savant, rapport dans lequel l'indocte consulte l'érudit sur des connaissances à la portée de tout homme « qui a eu le temps, les moyens, la bonne fortune d'étudier » (63). Le manque d'instruction dans une discipline donnée trahit donc incontestablement l'état de profane (64). Mais la notion est purement sociologique et il n'est pas certain que le droit positif retienne une définition trop extensive si l'on considère que dans la société industrielle où les activités humaines reposent sur la spécialisation des fonctions et l'éclatement des tâches (65), tout individu peut être qualifié de profane hors sa spécialité. Une définition juridique acceptable du profane ne peut se suffire de la seule condition de l'ignorance d'un individu par rapport à un autre. Une telle définition, bien qu'elle soit fondée sur le seul critère sérieux à savoir le déséquilibre des connaissances n'est pas souhaitable en raison de son imprécision et de sa totale subjectivité.

A ne considérer que l'inégalité des connaissances, on permet à tout particulier de profiter de la situation avantageuse qui est octroyée au profane dans la mesure où le plus infime déséquilibre se manifestera ; mais à l'affecter d'un coefficient, on court le risque d'écarter un certain nombre de personnes dignes de cette protection. Dans les deux cas, le but de l'obligation, n'est pas atteint. Pour la jurisprudence, la tâche essentielle a donc été d'élaborer une définition du profane convaincante, mais nuancée, avant d'aménager à celui-ci une condition juridique fort singulière.

La définition du profane a été essentiellement l'oeuvre de la jurisprudence qui a lentement construit la notion, au fil des espèces (66) et dont on peut regretter le laconisme. Il est cependant possible d'affirmer que cette construction a été reçue favorablement par le législateur et par la doctrine qui ne l'ont jamais reniée, et qu'il existe un large consensus pour qualifier ainsi un certain nombre de particuliers. En revanche, on doit constater que peu d'études ont été consacrées à ce profane. Or, si juridiquement, l'obligation de conseil naît de l'opposition ignorance-connaissance, il est non moins certain que, même si ses insuffisances sont nombreuses, chaque individu, sauf exception, possède une somme personnelle de connaissances qui doit lui permettre de se garder. Aussi, le problème se pose-t-il de savoir qu'elle est l'ignorance qui détermine le profane.

(63) – R. Savatier, *Sociologie juridique des professions libérales, les métamorphoses*, 2ème série, 1959, p. 192.

(64) – Ainsi, celui qui est étranger aux règles de droit et inexpérimenté en affaires peut-être regardé comme un profane par rapport à un agent d'affaires : Rouen, 15 juin 1956, D. 1956. 2. 708.

(65) – G. Friedmann, *Le travail en miettes*, Gallimard 1972, P. 155.

(66) – Les notions de profane et corrélativement d'initié ont été également utilisées par la jurisprudence en d'autres circonstances ; Voir, Com. 6 Juillet 1965, J.c.p 1965, II, 14024, note C. Gavalda ; Civ. 1^{ère}, 8 Août 1971, D. 1973. 37, note Gavalda.

Malgré l'extrême variété des situations, il ressort de l'examen de la jurisprudence (67) que le profane est celui qui ne peut accéder à la connaissance que possède l'autre partie, soit pour des raisons physiques matérielles, soit pour des raisons juridiques. De ce fait, il existe plusieurs catégories de profanes, la notion étant plus ou moins pervertie.

Assurément, un particulier peut être considéré comme profane lorsque la connaissance est cachée et protégée par le secret dont la violation sera sanctionnée juridiquement. Ainsi, l'acheteur de savoir-faire se présente sous les traits d'un profane, mais ne réclame pas en principe une protection particulière car le déséquilibre des connaissances est limité et trouve une solution satisfaisante dans la conclusion d'un contrat de conseil qui suffira à fonder l'obligation. Cependant en raison de la supériorité de son co-contractant, il ne lui sera pas interdit de prétendre au bénéfice d'une obligation de conseil accessoire.

Mais déjà la définition du profane perd de sa pureté. Bien que la connaissance soit accessible à tous, il est possible de rester un profane parce que, intellectuellement ou matériellement, on ne possède pas les capacités nécessaires pour l'acquérir et parce qu'en conséquence, on se trouve dans une position d'inégalité que l'équité commande de prendre en considération. C'est à ce niveau que se situe pour les tribunaux, le délicat problème de déterminer ceux qui doivent être totalement protégés et ceux qui n'ont pas à l'être avec la même force. La question primordiale est alors celle de la preuve de cet état.

Sur ce point, l'étude de la Jurisprudence laisse perplexe car, de décision en décision, les solutions divergent et aboutissent à des résultats surprenants. C'est ainsi que des industriels, voire de grandes sociétés commerciales, viennent à bénéficier en tant que profanes de la protection qui est réservée à ces derniers alors que, de toute évidence, ils disposent de moyens importants pour pénétrer le savoir de leur co-contractant.

L'explication des contradictions jurisprudentielles ne réside pas dans une évolution historique de la notion de profane encore que celle-ci ait eu quelque influence. Il faut plus sûrement la trouver dans l'absence d'une démarche unique qui servirait à caractériser le profane.

Certes, tous les tribunaux poursuivent le même but, celui de protéger le particulier qui ne sait pas, qu'ils assimilent au faible et prennent comme point de départ de leur raisonnement, l'inégalité des connaissances. Mais une politique générale fait défaut en ce qui concerne le choix d'un critère exclusif. Pour se convaincre de l'état de profane, la jurisprudence utilise tour à tour un critère psychologique et un critère sociologique, un critère subjectif consistant à sonder le for de l'individu et un critère objectif consistant à tirer les conséquences de la profession exercée par les co-contractants. En fait, quel que soit le

(67) – Civ. 1^{ère}, 5 Juillet 1971, J.c.p. 1972. II. 17.151, note C. Gavalda

critère utilisé, il sert à démontrer l'inégalité des connaissances, le critère sociologique permettant de prouver plus aisément peut-être le déséquilibre entre les contractants.

Historiquement, le critère psychologique a été utilisé le premier et il n'est pas entièrement abandonné bien qu'aujourd'hui, il opère différemment. Il s'agit, en l'occurrence, de sonder l'état intellectuel du client et en fonction des croyances de l'époque, vieillards et infirmes et jeunes gens sont considérés comme incapables de se défendre (68). Hormis ces personnes, la jurisprudence a une vision très restrictive du profane : un particulier ne peut être en situation d'infériorité que pour deux raisons principales, à savoir son éloignement des affaires ou son manque de culture générale révélée par son analphabétisme (69). C'est donc à une conception très subjective que se rallie la jurisprudence en examinant dans chaque espèce les connaissances et l'expérience que possède la personne qui recherche la responsabilité du professionnel (70).

Mais très rapidement, la jurisprudence instaure un lien entre le statut socio-professionnel du client et son état de profane. Le porteur de sacs de farine est naturellement inexpérimenté en affaires (71), le simple tailleur d'habit (72) comme le paysan ne peuvent

- (68) – Pour une femme : Rouen, 18 Mars 1868. S. 1868. 2. 198 ; Pour l'âge avancé d'un client et sa faiblesse d'intelligence ; Req. 4 Mai 1868, D.P. 1871. 1. 246 ; Cf. Bordeaux. 13 Juillet 1874. D.P. 1875. 2. 197 ; Rouen, 31 Mars 1886, D.P. 1887. 2. 228 ; Req. 6 Février 1899, S. 1900. 1. 197 ; Req. 14 Novembre 1899, D.P. 1900. 1. 21. Pour un mineur : Req. 10 Mai 1898, D.P. 1898. 1. 389 ; Comp.. Montpellier, 30 juin 1891, D. P. 1891. 2. 181.
- (69) – Cf. Dijon, 9 Février 1894, S. 1894. 2. 262, pour un agent d'affaires illettré et inexpérimenté en affaires ; Rouen, 13 Mars 1854, S. 1855. 2. 261 ; Paris, 1854, D.P. 1885 2 252 ; S. 1854. 2. 694 ; Paris, 4 Décembre 1855, D.P. 1856. 3. 74 ; Req. 22 Avril 1856, D.P. 1856. I. 247 ; Trib. Civ. Soissons, 13 Mai 1857 et sur appel, Amiens, 24 nov. 1957, D.P. 1858. 1. 374 ; Nancy, 23 Avril 1864, D.P. 1865. 2. 219 ; Req. 22 Août 1864, D.P. 1865. 1. 63 ; S. 1864. 1. 449 ; Alger, 6 Juillet 1866, S. 1866. 2. 299 ; Bordeaux, 18 Décembre 1866, D.P. 1867. 2. 124 ; Req. 9 Juillet 1872, S. 1872. 1. 388 ; Bourges, 22 Août 1877, D.P. 1878. 2. 163 ; Req. 18 Juillet 1878, D.P. 1879. 1. 60 ; Poitiers 31 Mai 1886, D.P. 1887. 2. 182 ; Pau, 26 Mars 1890 ; D.P. 1891. 2. 110 ; Cass. Civ. 6 Août 1890, D.P. 1891. 1. 194 ; Dijon, 8 Décembre 1897, D.P. 1899. 2. 115 ; Req. 8 Novembre 1899, S. 1902. 1. 410 ; Req. 19 Décembre 1899, S. 1900. 1. 495 ; Req. 26 Avril 1904, D.P. 1901. 1. 304.
- (70) – Ainsi, pour un banquier, la jurisprudence se livre à une analyse de son expérience et de sa connaissance des affaires : Req. 8 Juillet 1909, D.P. 1909., 1. 533 ; pour un officier d'artillerie et sa jeune épouse : Cass. Civ. 2 Janvier 1924 et Paris, 23 Juillet 1924, D.P. 1924. 1. 14 ; pour un fabricant de parapluies qualifié de modeste Industriel n'ayant reçu qu'une instruction rudimentaire ; Cass. Civ. 18 Mars 1914, D.P. 1916. 1. 31 ; Pour un jardinier illettré sans connaissance aucune des affaires et la portée de ses actes ; Paris, 27 Août 1852, D.P. 1854. 2. 75 ; Cette dernière décision est très caractéristique de cette façon de procéder car avant d'analyser la situation du demandeur en responsabilité, le juge, avait posé le principe de l'obligation de conseil à l'égard des contractante Illettrés, gens de travail, vivant dans la plus parfaite ignorance des affaires et de la portée de termes qu'ils signent par la confiance illimitée qu'ils doivent avoir ou qu'ils ont dans leur notaire.
- (71) – Paris, 9 Janvier 1931, J.c.p. 1931. I. 346 ; Req. 2 Novembre 1932 ; Gaz. Pal. 1933. 1. 41 ; pour une domestique : Alger 6 Juillet 1866, S. 1866. 2. 299 ; pour un gantier : Grenoble, 2 Avril 1895, D.P. 1896. 2. 66.
- (72) – Trib. Civ. Paris 17 Janvier 1933 et sur appel, Paris 12 Février 1934, D. 1938. 2. 103.

être qu'ignorants du droit (73), les habitants de la campagne semblent disposer « du monopole de l'ignorance » (74). A l'inverse, des administrateurs de société doivent savoir les formalités juridiques à accomplir à la suite d'un apport d'immeubles en société (75).

En soi, cette concordance établie entre l'activité exercée professionnellement par le particulier et son état de profane n'est pas critiquable. Elle permet d'élargir le cercle des bénéficiaires de l'obligation et présente l'avantage de correspondre à la réalité. Il est certain que dans les sociétés développées et industrialisées, la profession conditionne pour une large part le savoir de l'homme de même que le niveau du savoir conditionne dans la majorité des cas le choix de la profession. Il y a donc de fortes chances pour qu'un "besogneux" soit ignorant, mais ce n'est pas impératif, comme il n'est pas systématique qu'un paysan soit "peu instruit et éloigné des affaires" (76).

Cette dernière observation a conduit la jurisprudence à préciser et à moduler le critère. Ce n'est plus la seule considération du groupe socio-professionnel auquel appartient le client qui le rend profane, mais le fait que, n'évoluant plus dans sa sphère d'activité habituelle, il est dépourvu de moyens de défense. En effet, sorti de sa spécialité professionnelle, l'homme par manque de connaissance se retrouve en position de faiblesse face à un interlocuteur disposant d'une supériorité évidente puisqu'agissant dans son domaine professionnel. Cette insuffisance de connaissances est inéluctable dans notre monde contemporain. Certes, le cocontractant occasionnel pourra acquérir un minimum de connaissances, mais il ne peut en un court laps de temps, et les transactions se concluent rapidement, posséder les arcanes du métier : n'étant pas en position de discuter valablement les choix du professionnel, force lui est donc de s'en remettre à la discrétion du spécialiste. Mais si la profession détermine la connaissance, la comparaison entre les activités exercées par les co-contractants va suffire à déterminer le niveau de compétence de chacun d'eux dans la technique donnée et à faire de celui qui ne se meut pas dans le champ de son activité professionnelle habituelle, un non sachant, créancier d'une obligation de conseil (77). Le critère s'objectivise, l'appartenance à

(73) – Besançon, 23 Décembre 1931, S. 1932. 2. 79 ; Trib. Civ. Orthez, 13 Avril 1934, S. 1935.12. 210 ; De façon générale, les simples particuliers sont présumés être Ignorants des règles de droit : Dijon, 28 Juin 1934, D.H. 1934. 500 ; pour des étrangers peu lettrés de situation, modeste, ignorants de notre droit immobilier ; Paris, 23 Avril 1982, J.c.p. 1982. IV. 210 ; pour un retraité réputé en principe Ignorant en matière de contrat, Aix en Provence, 25 Septembre 1985, Gaz. Pal. 1985. .2. Somm. 226.

(74) – P. Espagno, note sous Trib. Civ. Alençon, 27 Novembre 1962, J.c.n. 1963. II. 13251 ; Voir pour une illustration ; Bordeaux, 18 Décembre 1866, D.P. 1867. 2. 124 ; Lyon 8 Février 1867, D.P. 1867. 2. 154.

(75) – Pau 19 oct. 1960, D. 1961. 67 ; pour un banquier : Req. 11 Janvier 1954, D.C. 1944. 95, note L.M.

(76) – Rouen 25 Mars 1954. J.c.p. 1954. IV 155 ; A. Chirez, th. Préc. P. 312, n° 236 ; La proposition est d'autant plus vraie qu'aujourd'hui, le cultivateur est devenu le chef d'une véritable entreprise.

(77) – Encore faut-il préciser que l'exercice de la profession n'ait pas été temporaire : Civ. 3^{ème}, 4 Octobre 1978, Bull. Civ. 1978. III. n° 302.

des groupes socioprofessionnels différents indiquant un déséquilibre fondamental des connaissances (78).

Cette continuité que l'on observe dans les deux critères dégagés, permet d'expliquer les solutions jurisprudentielles en apparence contradictoires. Bien rares sont les arrêts qui sondent véritablement les connaissances du contractant et d'ailleurs, comment le faire si ce n'est en se référant à sa profession ? La politique jurisprudentielle est donc condamnée à ne porter qu'un intérêt réduit à la question de la qualité réelle de profane ; si bien que les arrêts, peu prolixes en la matière, se contentent généralement de signaler la profession exercée par le co-contractant occasionnel suivie d'une formule lapidaire du style ; "non spécialiste en la matière" (79), "non technicien en la matière" (80), ou encore "dépourvu de connaissances techniques" (81). Certaines juridictions vont même plus loin, notamment la Cour d'Appel de Rennes, en omettant parfois, de se référer expressément à un quelconque déséquilibre des connaissances. Ce serait un truisme de faire remarquer qu'un boulanger n'a guère de lumières dans l'art de la menuiserie et doit faire confiance au choix du professionnel pour la construction de son escalier (82). Pour d'autres juges, il suffit que le client apparaisse comme un profane ou un néophyte dans la matière où intervient le professionnel (83).

Mais le postulat de la différence de profession révélateur d'un déséquilibre de connaissance ne résoud pas automatiquement tous les problèmes. Si la notion de profane se confond avec celle de non-professionnel ou de personne n'agissant pas dans le secteur d'activité du débiteur de l'obligation, il reste à savoir les limites de la notion.

Le Décret exécutif Algérien n° 90-286 du 15 Septembre 1990 relatif à la garantie des produits et services vise à l'Article 2 plutôt "le professionnel" entendu « comme tout producteur, fabricant, intermédiaire, artisan, commerçant, importateur, distributeur et de manière générale tout intervenant dans le cadre de sa profession, dans le processus de mise à la consommation, tel que défini à l'Article 1^{er} de la Loi n° 89-02 du 02 Février 1989 relative aux règles générales de protection du consommateur » lequel consommateur est entendu par l'Article 2 du Décret exécutif n° 90-39 du 30 Janvier 1990 relatif au contrôle de la qualité et à la répression des fraudes « comme toute personne qui acquiert à titre onéreux ou gratuit un produit ou un service destiné à une utilisation intermédiaire ou finale pour son

(78) – A raison de sa profession une cliente est présumée ignorante des affaires ; Voir, Paris, 16 Mai 1964, J.c.p. 1964. IV. 163 ; Rouen, 15 juin 1856 préc.

(79) – Cass. Civ. 3^{ème}, 30 Mai 1980, Gaz. Pal ; Versailles, 9 Juin 1988, D. 1988. I.R. 244.

(80) – Rennes, 27 Avril 1977, 4^{ème} Ch; Soc. Chauffage et Ventilation, C.D.J.O. n° 17441.

(81) – Cass. Civ. 3^{ème}, 30 Mai 1980, Gaz. Pal. 24, 25 oct. 1980. Pan. Jur. p. 10.

(82) – Rennes 4^{ème}, 4 Décembre 1974, Ledran c/ Trottet, C.D.J.O. n° 8324 ; Pour d'autres formules, voir par exemple : Aix en Provence, 16 Octobre 1975, A.J.P.I. 1976. 109, note P. Moscet, Comm. 17 Janvier 1977, Bull. Civ. 1977. IV. N° 14.

(83) – Civ. 1^{ère} 18 Mai 1989, Bull. Civ. 1989. 1. n° 206.

besoin propre, ou pour le besoin d'une autre personne ou d'un animal dont elle a la charge».

Un Arrêt d'application de l'ancienne Loi Française du 22 Décembre 1972 relative à la protection du consommateur assimilait le « non-professionnel » au « consommateur ».

“Le non-professionnel” est selon cette Loi de 1972 «celui qui contracte en vue d'obtenir un bien ou un service pour satisfaire ses besoins propres et non pas celui qui contracte un bien ou un service pour le revendre, le transformer ou l'utiliser dans le cadre de sa profession». Mais cette définition est très floue. Ce qui ne résoud en rien la question puisque dans celle-ci la notion de consommateur, “totalement vague” (84), communément, désigne l'utilisateur d'un bien final ou d'un service à des fins personnelles (85).

Or, l'examen du droit positif démontre qu'il est impossible de restreindre à cette seule catégorie de personnes le bénéfice de l'obligation de conseil, les magistrats n'ayant jamais distingué entre les fins professionnelles et les fins personnelles menées par le créancier de l'obligation. Bien au contraire, c'est à une conception extensive de la notion de “non-professionnel” qu'ils se réfèrent dans la mesure où les secteurs d'activité peuvent être connexes (86) et les professions étroitement liées (87). En définitive, seule comptera la qualité de “spécialiste” (88).

En conséquence, peu importe le niveau socio-culturel des contractants, celui-ci est devenu indifférent pour la détermination de l'état de profane. Ainsi, une importante société de

(84) – G. Berlioz, Droit de la consommation et droit des contrats, J.c.p. 1979. I. 2954. n° 9.

(85) – Si plusieurs définitions sont proposées (voir J. Ghestin, Traité de Droit Civil, les obligations, le contrat, L.G.D.J. 1980. n° 59. p. 36 et en sous note celle de G. Cornu qui observe que l'acquéreur même professionnel doit être protégé, tous les auteurs s'accordent pour reconnaître que le consommateur est un profane. Mais les lois destinées à protéger ce consommateur n'en donnent aucune définition : Voir J. P. Pizzio, Un apport législatif en matière de protection du consommateur : la loi du 22 décembre 1972 et la protection du consommateur sollicité à domicile, Rev. Trim. Dr. Civ. 1976, p. 66. Cependant, la notion de consommateur d'abord entendue strictement (voir Ph. Malinvaud, La protection des consommateurs, D. 1981. I. 49. et la sous note) est plus souplesment définie. Voir par exemple sur l'application de la loi n° 78-23 du 10 Janvier 1978 à un agent Immobilier acquéreur d'un système d'alarme: Civ. 1^{ère}, 28 Avril 1987, Bull. Civ. 1987. 1. n° 134, O. 1988. 1, note Delebecque et 987, Somm. 455, note Aubert.

(86) – L'agent de change et l'entrepreneur peuvent ainsi obtenir respectivement d'un notaire et d'un vendeur de matériaux de construction le respect de leur devoir de conseil : Civ. 1^{ère}, 6 Décembre 1978, J.c.p. 1979. IV. 56 ; J.c.p. 1980. II. 19404, note M. Dagot, Civ. 1^{ère}, 4 Octobre 1977, J.c.p. 1977. IV. 287.

(87) – Voir pour l'obligation d'avertissement du chirurgien esthétique à une infirmière ; Civ. 1^{ère}, 17 Novembre 1969, D. 1970. 85 J.c.p. 1970. II. 16507, note R. Savatier.

(88) – G. Berlioz, art. préc. n° 12 et la note ; Voir cependant les réserves émises par M. A. Dupont in la sous-traitance de marchés de travaux et de services, Economica 1979, p. 85, qui remarque que l'on ignore où commence et où finit la notion de professionnel de même catégorie notamment en matière de garantie des vices cachés. Mais si le Juriste peut regretter cette imprécision résiduelle, il lui fait constater son irrésistibilité, l'évolution économique faisant éclore chaque jour de nouvelles spécialités ; Voir Ph. Jestaz, La compétence professionnelle du promoteur de constructions Immobilières, D. 1969. chr. 71. n°12, le promoteur ayant une compétence certaine en matière de construction par sa formation commerciale et juridique, mais étant incompétent en ce qui concerne la technique même de la construction.

fabrication et de distribution de produits alimentaires a été considérée comme profane à l'égard d'un imprimeur cartonneur qui avait conseillé l'achat d'une chaîne (89).

Certaines juridictions ont bien tenté de réagir et de considérer que certains particuliers pouvaient difficilement être considérés, comme tels. La Cour d'Appel de Paris avait par exemple en raison de la qualité d'ingénieur du client du notaire, fait peser sur lui une présomption de connaissances juridiques, solution qui n'a pas reçu l'approbation de la Cour de Cassation (90). Plus en concordance avec la ligne dominante, la Cour d'Appel de Toulouse fait profiter de l'obligation de conseil du notaire, un emprunteur, ingénieur de son état, mais profane en matière d'assurance collective (91).

Cependant, même si les professions sont différentes, l'habitude d'un type d'opérations déterminées peut faire perdre la qualité de profane au particulier (92). Ainsi, la Cour Suprême a refusé de reconnaître un profane en la personne d'un expéditeur, importante société industrielle qui se trouvait professionnellement en relations d'affaires habituelles avec un commissionnaire de transport et qui connaissait avant la conclusion du contrat la réglementation professionnelle et syndicale limitative de responsabilité en matière de transport, et ne lui a pas accordé le bénéfice de l'obligation de conseil (93) ; Cette solution est beaucoup plus sévère que celle qu'avait retenue la Cour d'Appel d'Aix en Provence qui, tout en lui déniait la qualité de profane reconnaissait qu'elle ne pouvait ignorer en raison de sa pratique des expéditions les conditions générales de transport, et avait exigé que le professionnel accomplisse son obligation de conseil (94).

L'absence de considération du niveau socio-culturel du client n'est pas sans susciter diverses critiques. Un auteur a fait remarquer que l'on peut difficilement considérer des dirigeants d'entreprise comme "des co-contractants inexpérimentés qui doivent être protégés" (95).

Il est vrai que l'on peut s'interroger sur la définition donnée par la jurisprudence. Celle-ci, à trop étendre la notion, ne risque-t-elle pas de faire de chaque client un profane en puissance et de remplacer la fiction de l'égalité des contractants par une autre fiction aussi fâcheuse, celle de l'inégalité des parties lorsque l'une d'entre elles n'agit pas dans son

(89) – Paris, 22 Février 1967, Rev. Trim. Dr. Com. 1967. 443 ; Cf. Paris 15 Janvier 1987, D. 1987 I.R. 37 (achat de matériel Informatique).

Contra, T.G.I. Bordeaux, 8 Mars 1965, Gaz. Pal. 1965. 2. 234 qui déduit des notes juridiques produites aux débats par les demandeurs, une culture générale et une sagacité qui prouveraient qu'ils n'ont pu ignorer totalement les dangers présentés par l'intervention chirurgicale.

(90) – Civ. 1^{ère}, 12 Mai 1976, Gaz. Pal. 1976. 2. 569, note G.R.

(91) – Toulouse, 25 Janvier 1978, J.c.p. 1979. II. 19024, note M., Dagot.

(92) – Paris, 6 Février 1939, D.H. 1939. 249.

(93) – Comm. 31 Janvier 1978, J.C.P. 1979, éd. C.I. 13141, note R. Rodière.

(94) – Aix en Provence, 18 Février 1976, Bull. Transp. 1976, p. 368 et p. 371, note L. Brunat.

(95) – Philippe Louis, note sous Lyon, 23 Décembre 1969, J.c.p. 1970. II. 16557.

domaine d'activité habituelle ?

Il est néanmoins difficile de reprocher aux tribunaux d'avoir imaginé un critère qui rende compte de la faiblesse de cette catégorie de contractants, de leur état d'infériorité dû à leur éloignement des activités professionnelles. Dans la plupart des espèces, le critère se révèle parfaitement adapté à son rôle et correspond à la réalité. En outre, rien n'interdit à ces tribunaux de reprendre quand ils le souhaitent le critère purement psychologique. C'est ainsi que ce dernier est utilisé dans le domaine sportif, la qualité de profane se mesurant alors au nombre de leçons prises par l'élève (96).

En conclusion, on peut donc faire observer qu'il n'y a pas plusieurs définitions du profane, mais une seule, les deux critères utilisés par la jurisprudence se rejoignant pour appeler profane celui qui est inexpérimenté face à un co-contractant agissant dans la sphère d'activité habituelle. Le profane est dépourvu des connaissances techniques de son co-contractant professionnel (97). Dès qu'il n'y a pas complète connaissance (98) et parfaite maîtrise de la technique utilisée par un professionnel, il y a profane. La notion est appréhendée librement et extensivement (99) ; Le profane commence au fief ignorant et s'étend jusqu'au professionnel non spécialiste, si bien qu'un auteur a pu écrire que « le profane est celui qui participe à des titres divers aux utilités des techniques qu'il est présumé ignorer et qu'il est dispensé de s'approprier » (100).

(96) – Le cavalier qui a participé à huit ou dix promenades sans entraînements préalables est un débutant sans expérience : Nîmes, 24 Octobre 1978 inédit. Par contre, celui qui pratique depuis plus d'un an peut être considéré comme un cavalier averti : Civ. 1^{ère}, 26 Avril 1963, Bull. Civ. 1963. 1. n° 222 ; Civ. 1^{ère}, 22 Mars 1983, Bull. Civ. 1983. I. n° 106 ; Voir également Orléans, 12 Février 1964, S. 1964. p. 79 qui déduit de leur participation à une promenade que les cavaliers étaient expérimentés. Sur des applications : Paris, 25 Février 1983, Gaz. Pal. 1984. 2. Somm. 446 ; Versailles, 10 Novembre 1988, D. 1989. I.R. 24 ; En matière de voile, l'élève qui en est à sa seconde leçon est un novice : Paris, 30 Mai 1978, Gaz. pal. 1978. 2. 389.

Certaines décisions font obligation aux clubs sportifs de s'assurer de l'aptitude et des capacités des personnes qui désirent pratiquer une activité sportive, Reims, 7 Décembre 1983, Gaz. Pal. 1984. 2. Somm. 297 (club hippique); Dans d'autres hypothèses, C'est la qualité de professionnel et la nature du contrat qu'il propose qui seront utilisées pour présumer le degré d'expérience du co-contractant. Ainsi, le loueur de chevaux, est fondé à considérer que ses clients sont de véritables cavaliers qui acceptent sciemment de courir les risques d'un sport dangereux alors que l'entrepreneur de promenades équestres s'adresse à des clients qui peuvent tout ignorer de l'équitation et rechercher seulement le divertissement d'un parcours à dos de cheval. En conséquence, son devoir de conseil lui impose d'aviser le client des dangers évidents qu'il encourt même s'il lui attribue un cheval réputé particulièrement doux : Versailles, 10 Novembre 1988, D. 1989. 1.R. 24 ; Dans le même sens et sur l'obligation de prendre toutes les précautions nécessaires : Civ. 1^{ère}, 27 mars 1985, Bull. Civ. 1985. 1. n° 111 ; Civ. 1^{ère} 11 Mars 1986, J.c.p. 1986. IV. 146 ; Rev. Trim. Dr. Civ. 1986. 608, obs. Rémy ; Civ. 1^{ère}, 3 Mars 1988, J.c.p. 1988. IV. 239.

(97) – Civ. 3^{ème}, 30 Mai 1980, J.c.p 1980. IV. 299.

(98) – Com. 3 Janvier 1977, Bull. Civ. 1977. IV. N° 4, n°. 3.

(99) – G. Berlioz, Art. préc. n° 12.

(100) – Th. Ivainer, De l'ordre technique à l'ordre public technologique, J.c.p. 1972. 1. 2494. n° 31.

Alors, abordons d'abord la notion de profane en matière bancaire (A), puis étudions, de façon plus pragmatique, le profane en la matière. Cela revient à se poser la question de l'appréciation de la qualité de profane en matière bancaire (B).

A

La notion de profane en matière bancaire.

La notion de profane n'est pas propre à la matière bancaire. Cette notion est utilisée en toutes circonstances par la jurisprudence pour désigner le cocontractant qui souffre d'un déséquilibre envers l'autre cocontractant, professionnel. Cette notion a toujours soulevé de nombreuses difficultés, et ce pour plusieurs raisons. D'abord, comment apprécier le déséquilibre qui doit exister entre le profane et le professionnel ? Si on ne prend en compte que ce déséquilibre, alors on parvient à des conclusions fâcheuses. En effet, s'agissant par exemple de la matière bancaire, eu égard au monopole résultant de l'Ordonnance Algérienne n° 03-11 relative à la monnaie et au crédit, le banquier est le seul professionnel de la banque. Si cette remarque est un pléonasme, elle met l'accent sur le fait que le banquier est celui qui a la plus parfaite maîtrise de l'activité bancaire. Dès lors, tout cocontractant qui n'est pas banquier sera dans une situation de déséquilibre et pourra être qualifié de profane, quelque soit sa profession même s'il est par exemple courtier en bourse et a de ce fait, de vastes connaissances financières. Il faut donc affecter le déséquilibre d'un coefficient, d'un certain degré. Pourtant, il faut prendre garde à ce que ce coefficient ne soit pas trop élevé, sinon, seul le parfait ignorant, l'analphabète pourra être qualifié de profane. Or, reprenons l'exemple couramment donné (101) du professionnel qui contracte, pour les besoins de sa profession, dans une matière différente de sa spécialité. Ne doit-il pas être qualifié de profane ? Il est dans la même situation d'ignorance que n'importe quel autre ignorant.

Devant ces difficultés, doctrine et jurisprudence se sont donc attelées à la tâche. La jurisprudence ne donne pas de définition unitaire du profane. En effet, il s'agit de déterminer, dans chaque espèce, si le cocontractant est profane ou non. Cependant, au travers des espèces, une certaine ligne de conduite et donc une définition peuvent être dégagées. Elles l'ont été par la doctrine. Selon elle, le profane est « celui qui est inexpérimenté face à un cocontractant agissant dans sa sphère d'activité habituelle » (102), celui qui ne sait pas faire

(101) – Voir par exemple, Bénabent (A.). Droit Civil : les obligations, 7^{ème} Ed., n° 174.

(102) – Perron (X.), L'Obligation de conseil, Thèse Rennes, 1992, n° 33.

face à celui qui sait, c'est à dire « l'ignorant face au sachant » (103), le non sachant face au «connaisseur » (104). Le profane est ainsi celui qui « participe à des titres divers aux utilités des techniques » (105) qu'il ignore. Le profane est donc un ignorant, comme dans la définition usuelle. Cependant, cette ignorance est appréciée de façon technique. C'est la technique que le profane ignore, la technique afférente à telle ou telle spécialité. Ce n'est pas simplement l'ignorant au sens propre mais l'ignorant d'une technique spécifique qui est ici visé. En l'espèce, ce serait l'ignorant de la technique bancaire qui serait ici en cause.

De plus, l'ignorance porte sur la technique inhérente au contrat que le profane a conclu ou s'apprête à conclure. En effet, il ne faut jamais oublier que toutes les définitions que nous avons données ne sont valables que dans le cadre du contrat, puisque le créancier du devoir de conseil est nécessairement un cocontractant ou du moins un cocontractant éventuel, « en devenir ». Dès lors, le créancier du devoir de conseil du banquier n'est pas ignorant de la technique bancaire entendue dans son ensemble. Le créancier du devoir de conseil est ignorant de la technique attachée à une opération bancaire et non pas à la technique bancaire en général. Ainsi, s'agissant par exemple du devoir de conseil en matière d'opérations boursières, la Cour de cassation vérifiera la connaissance que possède ou ne possède pas le cocontractant des opérations boursières. On peut citer, par exemple, un arrêt rendu par la chambre commerciale de la Cour de cassation le 2 novembre 1994 (106). Dans cette affaire, le demandeur au pourvoi recherchait la responsabilité de la banque pour manquement à son obligation de conseil à son égard. La Cour de cassation rejette le pourvoi et relève que le demandeur était « un opérateur très au fait des techniques boursières ». Dès lors, on constate que ce n'est pas la connaissance bancaire en général qui sert de critère pour qualifier un cocontractant de profane mais « la connaissance d'une opération bancaire». Cependant, ce n'est pas encore assez précis. Selon nous, ce n'est pas la maîtrise d'une opération bancaire mais « la maîtrise ou non de l'opération bancaire particulière envisagée ou exécutée par le cocontractant » qui importe dans cette optique. Ainsi, dans l'arrêt précité du 2 novembre 1994, la Cour de cassation ne se contente pas de relever que le demandeur au pourvoi était un « opérateur très au fait des techniques boursières », elle constate également qu'il savait « combiner habilement les techniques du terme et celle du comptant », montrant par cette inclusion que la connaissance des opérations boursières

(103) - Piedelièvre (S.), Note sous C.A. Paris 18 Mai 1993, Gaz, Pal. 1991, p. 18 et 85.

(104) – Maleville (M.H.), La responsabilité civile des intermédiaires professionnels au titre du devoir de conseil, J.c.p. Ed. 2000, p. 735.

(105) – Ivainer (Th.), De l'ordre technique à l'ordre public technologique, J.c.p. Ed. G., 1972, I, 2494, n° 31, in Perron (X.), L'obligation de Conseil, Thèse Rennes, 1992, n° 33.

(106) – Cass. Com. 2 Novembre 1994, R.J.D.A, 1/95, n° 31.

n'aurait pas suffi. Un autre Arrêt, en date du 23 Février 1993 (107) est particulièrement démonstratif de la position de la Cour de cassation. Dans cette affaire, deux époux étaient titulaires d'un compte de dépôt de titres au Crédit Industriel de l'Ouest (C.I.O). Ils ont pratiqué, pendant deux ans, des opérations spéculatives et notamment des opérations de stellage. Suite à de lourdes pertes, ils recherchent la responsabilité de la banque pour manquement à son obligation de conseil, soutenant que la banque aurait dû les mettre en garde contre les risques de telles opérations. La Cour d'appel accueille leur demande. Le C.I.O. forme un pourvoi devant la Cour de cassation. Il allègue que l'époux qui pratiquait les opérations de stellage connaissait les opérations boursières. La Cour de cassation constate aussi que le client était « averti des risques inhérents à la spéculation sur le marché à règlement mensuel où il avait opéré pendant près de deux ans ».

Cependant, elle rejette le pourvoi, aux motifs que la banque n'avait pas « spécialement informé » son client sur les « risques particuliers du stellage ». Dès lors, on le voit clairement dans cet arrêt, l'ignorance du profane porte non pas sur la technique bancaire en général ni sur un type d'opération bancaire mais sur l'opération qu'il envisage ou qu'il exécute.

Dès lors, le profane en la matière se définit de la façon suivante : c'est l'opérateur qui ne possède pas les connaissances nécessaires de l'opération bancaire qu'il envisage de faire.

Cette définition est-elle juste s'agissant du créancier du devoir de conseil ? En d'autres termes, le créancier du devoir de conseil est-il l'ignorant de la technique bancaire ? Nous ne le croyons pas entièrement. En effet, les connaissances dont le profane est dépourvu sont les connaissances techniques afférentes au contrat qu'il va former ou qui est déjà formé.

Cependant, Il ne nous semble pas que, ce soit là l'unique objet de l'ignorance du créancier du devoir de conseil. S'impose donc l'étude succincte du devoir de conseil du banquier.

Cela est nécessaire dans la mesure où profane, c'est la qualité du créancier du devoir de conseil. Partant de là, « le devoir de conseil est l'étalon, la mesure de la notion de profane ». Or, nous verrons ci-dessous que le banquier n'est pas tenu de conseiller le client sur les risques inhérents à l'opération. « Dès lors, le profane c'est celui qui ignore les risques inhérents à l'opération ». On s'en rend bien compte si on établit un parallèle avec d'autres contrats où le professionnel est également tenu d'un devoir de conseil. S'agissant du vendeur par exemple : celui-ci est tenu de conseiller à son client le matériel le plus approprié. Le risque que prend l'acquéreur, c'est d'acheter un matériel inutile ou pas assez

(107) – Cass. Com. 23 Février 1993, Bull. Civ., IV, n° 68 ; D. 1993, Jur. p. 424, note Najjar (I.) ; R.J.D.A. 8-9/93, n° 708 ; R.T.D.Com, 1993, p. 557.

performant. Par contre s'agissant du banquier, son conseil se rapproche de celui auquel est tenu le médecin, qui doit, par exemple, avertir son patient des risques que comporte telle ou telle opération. Les opérations bancaires sont risquées car elles intéressent directement le Patrimoine de l'opérateur. Cela va de soi pour les opérations de crédit ou les opérations boursières qui peuvent ruiner le client de la banque mais aussi pour toutes les opérations. Ainsi en va-t-il pour l'utilisateur de moyens de paiement comme les effets de commerce ou la carte de paiement, pour la caution ou même pour le titulaire d'un compte de dépôt.

C'est donc bien le risque qui prédomine. Si le client a conscience des risques que lui fait courir l'opération, alors le banquier n'est pas tenu de le conseiller. La connaissance de la technique bancaire n'arrive alors qu'en second plan pour savoir si le créancier avait ou non la possibilité de connaître ces risques.

La connaissance du risque suppose que le créancier connaisse « la Portée de ses obligations » (108), les « conséquences » (109) que l'opération pouvait engendrer (formules qui sont utilisées par la Cour de Cassation). Pour M. Clément (110), ce critère lié au risque encouru par le client doit être assimilé à celui de l'utilité du conseil, de l'intérêt du conseil. Dès lors, selon lui, le profane est celui qui a intérêt au conseil, celui pour qui le conseil est utile. Cependant, s'il est vrai que les deux critères sont proches, le critère lié au risque nous semble meilleur. En effet, passer de la notion de risque à la notion d'utilité ou d'intérêt pour le client, c'est passer d'un fait objectif, (le risque et la connaissance de celui-ci) à un fait subjectif : l'intérêt pour le cocontractant. Or, le client peut très bien ne pas avoir connaissance du risque et pourtant ne pas avoir utilité du conseil. De même, il peut avoir connaissance du risque et pourtant, le conseil peut lui être utile. De plus, dans l'optique défendue par M. Clément, le banquier, qui a l'initiative du conseil devra alors se faire juge de l'intérêt du client.

Une autre définition du profane s'impose alors. Le profane, c'est l'opérateur qui n'a pas connaissance des risques que comporte l'opération. De plus, cette définition ne serait pas complète si nous ne précisions pas que le profane ne doit pas avoir connaissance des risques mais qu'il doit aussi être dans l'impossibilité d'en avoir connaissance. De façon plus synthétique on dira que le cocontractant est tenu de se renseigner. C'est seulement lorsqu'il ne peut pas se renseigner qu'il est qualifié de profane. Le devoir de se renseigner qui est mis

(108) – Cass. Com. 3 Mai 2000, pourvoi n° 97-15486 où la Cour de cassation relève que les dirigeants de la société « connaissaient la portée de leurs engagements ».

(109) – Cass. Com/ 3 Mai 2000, D. 2000, Actualité jurisprudentielle, p. 286, obs. Fadoul (J.) où la Cour de Cassation relève que le banquier devait « informer sa clientèle des conséquences de sa demande de garantie ».

(110) – Clément (J.F.), Le banquier vecteur d'informations, R.T.D.Com, 1997, p. 203.

à la charge de tous les contractants, en toute matière (111), trouve donc aussi sa place en ce qui concerne le devoir de conseil du banquier. Ainsi, on peut citer un arrêt en date du 24 Mars 1998. Dans cette affaire deux époux sont titulaires d'un compte joint de dépôt de titres. Le mari est président d'un club d'investissement. Au contraire, sa femme n'est pas particulièrement avisée des mécanismes boursiers. La banque était-elle tenue d'une obligation de conseil à l'égard de l'épouse même si l'époux était avisé ? La Cour de cassation refuse, aux motifs que les époux étaient mariés sous le régime de la communauté des biens réduite aux acquêts et étaient titulaires d'un compte joint, que le mari avait tout pouvoir de faire fonctionner seul. Dès lors, l'épouse n'était pas créancière d'une obligation de conseil contre la banque puisque son mari était chevronné en matière boursière. Ainsi, c'est parce qu'elle avait la possibilité de se renseigner facilement qu'elle n'a pas pu en bénéficier. « Le profane est alors l'opérateur qui ne connaît pas et qui ne peut pas connaître les risques d'une opération ». Une fois cette définition posée, il nous reste à établir de façon plus pragmatique, le « portrait-type » du profane. Cela revient à se demander comment les tribunaux, au gré des espèces, accueillent et appliquent la notion de profane, qu'ils désignent comme tel. Cela renvoie donc à se poser la question de l'appréciation jurisprudentielle de la qualité de profane.

B

L'appréciation jurisprudentielle de la qualité de profane.

L'appréciation jurisprudentielle de la qualité de profane va tendre à dessiner un portrait du créancier du devoir de conseil. Nous savons que ce créancier n'a pas connaissance des risques inhérents à l'opération bancaire. Cependant, une fois que l'on a posé cette définition, il faut savoir comment on va déterminer l'opérateur ignorant de ces risques. Comment apprécier l'ignorance de l'opérateur ? Plusieurs solutions s'offrent aux tribunaux. Soit ils sondent la connaissance personnelle du cocontractant, en procédant à une appréciation in concreto de la qualité de profane. Le raisonnement sera le suivant : ce demandeur connaissait-il les risques inhérents à l'opération ? Les tribunaux useront alors du faisceau d'indices, recherchant si les connaissances personnelles de ce demandeur lui permettaient de mesurer les conséquences de son engagement soit une autre solution est envisageable. On appréciera in abstracto la qualité de profane. Les juridictions procéderont alors à un autre raisonnement : l'opérateur est comparé à un modèle abstrait. Si le modèle considéré sait

(111) – Pour une étude complète du devoir de se renseigner : Jourdain (P.), Le devoir de se renseigner, D. 1983, Chron. P. 139.

jauger la portée de ses actes, alors l'opérateur est considéré avoir eu connaissance des risques encourus. Devant ces deux raisonnements envisageables, on se pose la question de savoir quelle est la position de la jurisprudence. On va pouvoir distinguer deux mouvances, selon que l'opérateur en question est un professionnel (1) ou non (2).

1

Le professionnel.

Pour la Cour de Cassation (112) le professionnel est présumé connaître les risques inhérents à l'opération bancaire. Cela ressort clairement de plusieurs arrêts et est conforme à la jurisprudence traditionnelle en matière de conseil (113). Ainsi, un arrêt en date du 8 juillet 1997 (114) rendu par la Chambre commerciale de la Cour de cassation décide que le demandeur était « un professionnel avisé des relations commerciales » et en déduit qu'il était conscient de la portée de ses engagements.

De même, dans un arrêt en date du 22 mai 2001 (115), la Cour de cassation relève que le demandeur, dirigeant de société, était capable de comprendre la portée de ses engagements, sans faire d'autres recherches.

D'autre part, dans un arrêt rendu le 11 mai 1999 (116), la chambre commerciale de la Cour de cassation constate que le demandeur au pourvoi était un « homme d'affaires expérimenté » et en déduit qu'il connaissait les risques inhérents aux opérations financières. Ces arrêts qui ne sont que des exemples d'une jurisprudence constante, sont relayés par la doctrine qui considère que le professionnel est présumé connaître les risques inhérents aux engagements qu'il prend.

Cependant, en matière bancaire, tous les professionnels ne sont bien évidemment pas présumés connaître les risques inhérents à une opération bancaire. Ainsi, un arrêt de la Cour d'appel de Paris en date du 10 décembre 1996 (117) décide qu'un informaticien n'a pas de compétences financières et bancaires et donc qu'il n'est pas présumé avoir conscience de la portée de ses engagements. De même, une société commerciale n'a pas en soi de compétences financières lui laissant comprendre les conséquences d'une garantie à

(112) – Cass. Com. 24 Mars 1998, in Benayoun (A.), L'obligation d'information ou de conseil de la banque, Legicom, 1999/3, p. 67.

(113) – Voir l'étude de Maleville (M.H.), La responsabilité civile des intermédiaires professionnels au titre du devoir de conseil, J.c.p. Ed. G. 2000, p. 735.

(114) – Cass. Com., 8 Juillet 1997, pourvoi n° 95-16240.

(115) – Cass. Com., 22 Mai 2001, pourvoi n° 98-23001.

(116) – Cass. com., 11 mai 1999, J.c.p. 1999, p.1730, 3^{ème} espèce, note Legeais (D.) et les conclusions de l'avocate générale. Piniot (M.-C.), R.J.D.A. 1999, p 499.

(117) – Paris, 10 Décembre 1996, Juris-data n° 024012.

première demande. Autre exemple : un agriculteur n'est pas un professionnel averti pour la jurisprudence (118). Quels sont alors les professionnels qui le sont ? Rappelons-nous que nous sommes en matière bancaire. « Dès lors, le professionnel averti sera nécessairement le banquier » (119). Mais d'autres professions sont visées ici. Certaines décisions visent les professions commerciales (120), également les professions d'assurances (121), les agents immobiliers (122). Nul doute aussi que les courtiers en bourse soient reconnus, en raison des connaissances financières inhérentes à l'exercice de leur métier, comme des professionnels avertis. C'est en somme, l'ensemble des professionnels des affaires qui sera présumé averti. Deux arrêts en témoignent. D'une part, un arrêt en date du 12 juillet 1993 (123) retient que le demandeur était « homme d'affaires rompu aux diverses techniques boursières ». Puis, dans l'arrêt en date du 11 mai 1999 (124), la Cour de cassation ne prend même plus la peine de préciser et constate simplement que le client de la banque était en l'espèce « un homme d'affaires ». Les professions affairistes ne sont cependant pas les seules à faire l'objet d'une présomption de connaissance. En effet, en matière d'octroi de crédit et de cautionnement, l'appréciation de « professionnel présumé averti » ne se cantonne pas aux professions des affaires mais englobe tous les chefs d'entreprise. Nous choisissons ici de parler de chef d'entreprise, bien que cette expression n'ait pas de sens juridiquement, car ce terme englobe aussi bien les dirigeants sociaux, les associés, les exploitants agricoles, le commerçant personne physique, etc... Ainsi, les emprunteurs et cautions qui s'engagent pour leur activité professionnelle ne peuvent se prévaloir d'une obligation de conseil à l'encontre du banquier. C'est ce qui résulte de plusieurs arrêts. En matière de cautionnement, on peut citer par exemple, l'arrêt du 22 Mai 2001 (125) ou bien encore un arrêt du 3 Mai 2000 (126). Dans ces deux espèces, les cautions dirigeantes (encore appelées cautions internes (127)) reprochaient à la banque d'avoir omis de les déconseiller de s'engager dans le cautionnement en dépit de la situation obérée de la

(118) – Paris, 16 Novembre 1999, Juris-data n° 108771.

(119) – Cour d'appel de Paris, 4 Décembre 1996, Juris-dala n° 024262 ; en matière de souscription à un contrat d'assurance décès connexe à un contrat de prêt, le cocontractant, en l'espèce professionnel de la banque, était à même de comprendre les conditions d'assurances proposées.

(120) – Cass. Com., 8 Juillet 1997, pourvoi n°95-16240.

(121) – Paris, 23 Mai 2000, Juris-data n° 114093.

(122) – Paris, 6 Février 1998, Juris-data n° 020482.

(123) – Cass. Com., 12 Juillet 1993, pourvoi n° 91-13504.

(124) – Cass. Com., 11 Mai 1979, opcit.

(125) – Cass. Com., 22 Mai 2001, pourvoi n° 98-23001.

(126) – Cass. Com., 3 Mai 2000, pourvoi n° 97-15486.

(127) – Ce terme est par exemple utilisé par Mme Piniot dans ses conclusions relatives aux arrêts du 11 Mai 1999.

Cette expression est plus large que celle de « caution dirigeante » car elle désigne aussi les cautions associées de la société cautionnée,

société et, de fait, du caractère dangereux de l'opération. La Cour de cassation, chambre commerciale rejette le pourvoi aux motifs qu'en tant que dirigeants de la société, ils connaissaient la portée de leurs engagements.

C'est le même raisonnement qui est utilisé lorsque le contrat en cause est non pas un cautionnement mais un emprunt contracté par un chef d'entreprise. On peut citer ainsi plusieurs exemples. Ainsi, un arrêt de la chambre commerciale du 11 mai 1999 (128) concerne un commerçant personne physique, un autre arrêt de la même chambre concerne des exploitants agricoles.

On considère en fait que le chef d'entreprise dispose de toutes les informations nécessaires et qu'il est compétent pour les analyser (129). Dès lors, il prend les risques en connaissance de cause et ne peut plus être qualifié de profane. C'est exactement le sens de la jurisprudence comme en témoignent les conclusions de Mme Piniot à propos des arrêts rendus par la chambre commerciale le 11 mai 1999. Cependant, on peut se demander si cette position n'est pas seulement propre à la chambre commerciale de la Cour de cassation. En effet, dans l'arrêt rendu le 21 octobre 1997 (130), la Chambre commerciale « retient la carence des emprunteurs eux-mêmes dans l'analyse de la situation de leur exploitation agricole et en déduit qu'ils ne peuvent reprocher à la banque de ne pas avoir adapté ses financements [...] ».

Pourtant, la première chambre civile, s'agissant d'exploitants agricoles, retient exactement la solution contraire dans un arrêt en date du 8 juin 1994 (131). Elle décide, en substance, qu'un banquier est tenu à l'égard d'un emprunteur-agriculteur d'une obligation de conseil. Cela signifie-il qu'il y ait une opposition entre la chambre civile et la chambre commerciale sur l'appréciation de la notion de profane ? Nous ne le croyons pas et partageons en cela l'avis de Mme Piniot. Pour cet auteur (132), en effet, l'arrêt du 8 juin 1994 est une décision d'espèce, tenant compte des circonstances particulières de l'affaire. En effet, la chambre civile relève que la société de crédit avait incité l'exploitant à emprunter. Son jugement et son analyse étaient donc faussés ici par l'attitude de l'établissement de crédit. Ce comportement était une faute qui devait être sanctionnée.

Il n'y a donc pas de conflit entre les deux chambres. De toute façon, ce conflit ne pouvait avoir qu'une maigre importance puisque les litiges entre les « chefs d'entreprise » et

(128) – Cass. Com. 11 Mai 1999, *opcit.*

(129) – Sur ce point, voir Legeais (D-), L'obligation de conseil de l'établissement de crédit à l'égard de l'emprunteur de sa caution, *Mélanges AEDBF*, 1999, p. 257.

(130) – Cass. com. 21 Octobre 1997, *R.J.D.A.* 2/98, n° 203.

(131) – Cass. Civ. 1^{ère}, 8 Juin 1994, *Bull. Civ. I*, n° 206 ; *J.c.p. Ed.E.* 1995.II. 652, note Legeais (D.) ; *RD bancaire et bourse*, 1994, n° 44, p. 173, obs. Crédot (F.) et Gérard (Y.).

(132) - Voir Piniot (M.-C.), conclusions aux arrêts du 11 Mai 1999, *R.J.D.A.* 1999, p.499.

leur banquier sont en général portés devant les juridictions consulaires.

La présomption qui pèse sur le professionnel emprunteur ou caution est-elle simple ou irréfragable ? Cette présomption est une présomption simple, puisque la Cour a affirmé, à plusieurs reprises que le dirigeant peut se prévaloir de l'obligation de conseil en cas de circonstances exceptionnelles. Ainsi, dans un arrêt en date du 12 novembre 1997 (133), puis du 11 Décembre 1999 (2ème espèce), et encore du 30 Janvier 2001, la Cour décide que le débiteur n'est pas « fondé, à défaut de circonstances exceptionnelles non invoquées » à se prévaloir d'un manquement de la banque à son égard. Le professionnel emprunteur peut donc se prévaloir de circonstances exceptionnelles pour faire tomber sa présomption de connaissance des risques encourus. On se pose alors la question de savoir quelles circonstances seront qualifiées d'exceptionnelles. Au plus les tribunaux apprécieront strictement ou souplement les circonstances exceptionnelles, au plus la présomption sera solide ou non et dès lors au plus la portée du devoir de conseil sera importante ou non.

Plusieurs arrêts viennent nous aiguiller sur la notion de « circonstances exceptionnelles » : Ainsi, l'arrêt Macron, en date du 17 Décembre 1997 (134), rendu par la chambre commerciale de la Cour de cassation. Il s'agissait ici d'un dirigeant de société qui s'était porté avaliste des dettes de cette société à concurrence de la somme de 20 millions de francs.

Dans cette affaire, la Cour décide que la banque a commis une faute en demandant un aval « « sans aucun rapport » avec le patrimoine et les revenus de l'avaliste » et souligne « l'énormité de la somme garantie par une personne physique ». L'arrêt retient que cette disproportion est « exclusive de toute bonne foi » de la part de la banque.

Dans un autre arrêt, en date du 23 juin 1998 (135), une caution dirigeante a pu se prévaloir d'un dol commis par l'établissement de crédit. Dans cette affaire, deux dirigeants se sont portés cautions solidaires des obligations de la société à concurrence de 4 500 000 FF. Actionnés en paiement, les dirigeants de la société forment une demande reconventionnelle tendant à l'annulation des cautionnements. Condamnée par la cour d'appel, la banque forme un pourvoi devant la Cour de cassation. La Haute juridiction rejette le pourvoi et relève que « la société Généfim [...], société spécialisée [...] disposait de tous les paramètres d'appréciation nécessaires à l'évaluation de l'opération financée tandis que MM. Damis

(133) – Cass. Com, 12 Novembre 1997. Bull. civ., IV, n° 284 ; R.J.D.A. 3/98, n° 341 ; J.c.p Ed. E. 1998 p. 182, note Legeais (D.), Bull. Joly, 1998 p.105, obs. Delebecque (Ph.).

(134) – Cass. Com., 17 Juin 1997, Bull. Joly, 1997, p. 866, note Le Cannu ; J.c.p. Ed. E. 1997, II, 1007, note Legeais (D.), J.c.p. Ed. G. 1998, I, 103, obs. Simler (Ph.); Rép. Defrénois, 1997, p. 1424, note Aynes (L.) ; D. 1998, note Casey (J.) ; R.T.D.Civ. 1998, p. 101, obs. Mestre (J-) et p. 157. obs. Crocq (P.).

(135) – Cass. Com. 23 Juin 1998, Bull. Civ., IV, n° 208 ; J.c.p. Ed. E.. 1998, p. 1831, note Legeais (D.).

n'étaient des professionnels ni de la finance ni de l'hôtellerie ». Elle en déduit que la Société Généfim a commis une faute qui doit être sanctionnée.

Ces deux arrêts rendus par la Chambre commerciale montrent ce que peuvent être les circonstances exceptionnelles. Ces circonstances peuvent être de deux sortes. On remarque d'abord que la mauvaise foi de la banque peut être une circonstance exceptionnelle, comme nous l'avons déjà remarqué dans l'arrêt précurseur du 8 juin 1994 (136). D'autre part, le dirigeant, qui n'est ni professionnel de la finance ni même professionnel de l'activité au cours de laquelle il s'engage pourra se prévaloir d'un devoir de conseil de la banque. C'était déjà le cas dans un arrêt rendu par la Cour d'appel de Paris en date du 16 novembre 1991 (137). Dans cette affaire, la Cour, pour mettre à la charge du banquier une obligation de conseil relève le manque de professionnalisme de l'agriculteur en question qui n'était âgé que de 20 ans.

Une question se pose alors : le professionnel de la finance peut-il se prévaloir de circonstances exceptionnelles pour faire tomber la présomption qui pèse sur lui ? Nous ne le croyons pas. En effet, il ne pourra déjà pas se prévaloir de son manque de professionnalisme. De plus, on voit mal comment le professionnel des affaires pourrait arguer de la mauvaise foi de la banque, qui aurait faussé son propre jugement. En effet, en tant que professionnel de la finance, cela semble assez délicat.

Pour conclure, on remarque que le professionnel est apprécié de façon très large par la jurisprudence. Il s'agit à la fois des professionnels de la finance mais aussi des professionnels qui agissent dans le cadre de leurs activités, en matière d'octroi de crédit. Cette vision du professionnel réduit d'autant l'étendue du devoir de conseil du banquier. De plus, et ce qui est plus critiquable, on voit mal pourquoi les dirigeants et autres chefs d'entreprise ne bénéficient pas du devoir de conseil en matière d'octroi de crédit. En effet, La Cour de cassation justifie cette solution en faisant valoir qu'ils connaissent la situation de leur entreprise. N'est-ce pourtant pas le cas de tous les emprunteurs ? Un emprunteur, même consommateur, connaît très bien sa situation financière. Cependant, il est sûrement plus facile pour un salarié de la connaître que pour un commerçant qui doit auparavant faire de nombreux calculs pour déterminer son bénéfice net. Il apparaîtrait là une inégalité de traitement entre les justiciables. Cependant, ne tirons pas de conclusions hâtives. En effet, on peut considérer que par l'exercice de sa profession le chef d'entreprise, quel que soit son domaine d'activité, possède les connaissances de base en matière de comptabilité etc. Dès lors, cette connaissance, alliée à celle, pointue, du marché où il intervient, lui permet de

(136) – Cass. Civ. 1^{ère}, 8 Juin 1994, *opcit.*

(137) – Paris, 16 Novembre 1999, *Juris-data*, n° 108771.

mesurer le risque inhérent à une opération. Notons enfin que c'est seulement en matière d'octroi de crédit (où la connaissance de la situation de l'entreprise joue un rôle de premier ordre) que le professionnel agissant dans le cadre de son activité est présumé averti. Dans les autres domaines bancaires, il reste profane car non professionnel. Ce qui nous amène évidemment à étudier l'appréciation de la qualité de profane lorsque le cocontractant est non professionnel.

2

Le non professionnel.

Le non professionnel est-il présumé être profane ? Si certaines décisions des juridictions du fond ont pu le faire croire (138), la jurisprudence rejette cette solution. Ainsi. Par exemple, dans un arrêt en date du 13 octobre 1998 (139), la Cour (statuant en matière d'opération boursière) va rechercher précisément si le donneur d'ordre était ou non conscient des risques qu'il encourait. Autre exemple, un arrêt en date du 12 Novembre 1992 (140) relève que la banque « pouvait légitimement croire que M. X était informé... » L'utilisation systématique de la méthode du faisceau d'indices est révélatrice des efforts faits par les juridictions pour vérifier in concreto quelles sont les connaissances du cocontractant. Les tribunaux vont ainsi rechercher si « la compétence [du cocontractant] ne lui donne pas les moyens d'apprécier la portée exacte des caractéristiques [des biens qui lui sont livrés] » (141).

Les juges vont donc devoir sonder les connaissances de l'opérateur. Cette recherche doit se faire selon une certaine méthode. Il est bien évidemment impossible de savoir exactement si le cocontractant savait véritablement ou non quels étaient les risques de l'opération. Cependant, les juges vont tenter de le découvrir en collectant les indices. Ces indices peuvent être négatifs ou positifs. C'est une fois que les juges ont réussi à en établir un faisceau, c'est à dire un certain nombre qui se conjuguent, qu'ils déterminent la qualité de profane.

A bien étudier la jurisprudence, on peut déceler deux catégories d'indices qui vont permettre au tribunal de trancher.

Premièrement, il y a des indices qui sont relatifs à la personne du cocontractant.

Parmi eux, certains sont objectifs. Ainsi, il s'agira de savoir ici l'âge du contractant, sa catégorie socioprofessionnelle, ses diplômes, sa condition juridique au sens large. Ainsi, un

(138) – Nîmes, 17 Novembre 1998 et Aix 7 Avril 1994, in Legicom 1999/3, p. 67.

(139) – Cass. Civ. 1^{ère}, 13 Octobre 1998, Bull. Joly bourse et produits financiers, 1998, p. 827.

(140) – Cass. Com. 12 Novembre 1992, pourvoi n° 90-18502.

(141) – Cass. Civ. 3^{ème}, 3 Juin 1998, J.c.p. Ed. G. 1998, IV, 2684.

arrêt en date du 18 mai 1993 (142) relève que le demandeur était un « jeune étudiant » et en déduit sa qualité de profane. Un autre arrêt condamne la banque qui ne pouvait pas compter sur les connaissances de l'agriculteur, « âgé seulement d'une vingtaine d'années » et sans expérience professionnelle (143). De même, le fait d'exercer telle ou telle activité professionnelle ou non permettra de savoir si le cocontractant a pu mesurer la portée de son engagement. Ainsi, un informaticien n'a pas de connaissance juridique (144). Par contre, une société commerciale importante peut avoir connaissance de la portée d'une garantie à première demande (145). Enfin, la propriétaire indivise d'un fonds de commerce est à même d'apprécier les risques résultant de l'existence d'un compte-joint avec l'autre propriétaire indivis du même fonds (146). Ce n'est pas le cas pour un jeune étudiant qui a consenti une procuration sur son compte de dépôt (147).

D'autres indices apparaissent plus subjectifs. Ainsi, l'indice résultant de l'habitude du cocontractant d'effectuer telle ou telle opération tend à prouver la connaissance qu'il avait des risques encourus. Cet indice est souvent utilisé en matière d'opérations de bourse. Les « boursicoteurs acharnés » sont en général considérés comme avertis, ainsi que l'atteste, par exemple, un arrêt rendu le 13 Octobre 1998 (148) par la première chambre civile de la Cour de cassation. D'autre part, les juges refusent souvent de suivre dans ses prétentions le client qui avait intérêt à l'opération. On peut le voir dans un arrêt en date du 4 Juin 1991 (149), en ce qui concerne des lettres de change. Pour un emprunt, la Cour d'appel de Paris relève que la cliente avait en outre « un intérêt personnel à apporter des fonds à celle-ci [la société] » (150). Enfin, si le client avait la possibilité de se renseigner, alors il ne sera plus qualifié de profane (151).

Hormis ces indices qui ont trait à la personne du cocontractant, d'autres indices ont trait aux circonstances dans lesquelles l'opération a été effectuée. Ainsi, lorsque l'opération est demandée par le client lui-même, les tribunaux considèrent alors plus facilement qu'il avait connaissance des risques de l'opération. Plusieurs arrêts vont en ce sens, notamment en matière d'octroi de crédit (152). On peut citer une espèce plus singulière, en date du 3 Mai

(142) – Cass. Com. 18 Mai 1993, *opcit.*

(143) – Paris, 16 Novembre 1999, *opcit.*

(144) – Paris, 10 Décembre 1996, *Juris-data*, n° 024012.

(145) – Cass. Com. 3 Mai 2000, *D.* 2000, actualité jurisprudentielle, p. 286, obs. Fadoul (J.).

(146) – Paris, 5 Septembre 2000, *Juris-data*, n° 126240.

(147) – Amiens, 21 Mai 1996, *Juris-data* n° 049433.

(148) – Cass. Civ., 1^{ère}, 13 Octobre 1998, *Bull. Joly bourse et produits financiers*, 1998, p. 827.

(149) – Cass. Com., 4 Juin 1991, *pourvoi* n° 89-15742.

(150) – Paris, 10 Septembre 1996, *Juris-data* n° 022159.

(151) – Cass. Com. 24 Mars 1998, in Benayoun (A.), *L'obligation d'information ou de conseil de la banque*, Legicom, 1999/3, p. 67.

(152) – Paris, 10 Septembre 1996, *opcit.*

2000 (153) dans laquelle une société avait demandé la mise en place d'une garantie à première demande. Cet indice est d'autant plus déterminant lorsque les instructions données par le client sont précises et circonstanciées. D'autre part, on peut citer une espèce où le client reprochait à la banque de ne pas l'avoir assez conseillé sur la valeur d'un bien immobilier alors qu'il faisait par ailleurs une publicité vantant ses mérites en la matière (154).

Il faut noter qu'aucun de ces indices n'est en lui-même suffisant pour établir la connaissance ou non par le client des risques inhérents à l'opération. Pour qu'une preuve soit établie, il faut véritablement qu'il existe un faisceau d'indices. A partir de quand y a-t-il un faisceau d'indices ? Nous ne pouvons pas donner de réponses définitives. En effet, cela varie selon les espèces considérées et les juges qui ont à connaître d'une telle affaire. On peut cependant remarquer que deux ou trois indices conjugués suffiront la plupart du temps à prouver la connaissance ou la méconnaissance par le client de la banque des risques encourus.

Pour conclure, on relèvera qu'en matière bancaire, le profane, créancier du devoir de conseil, est apprécié de façon assez sévère par les tribunaux. En effet, si l'appréciation du profane non professionnel est semblable à celle existant pour le devoir de conseil en général, le professionnel est, surtout en matière d'octroi de crédit, fréquemment présumé connaisseur.

De plus, cette présomption est très difficile à faire tomber. Cela reflète peut-être une position plus large de la Cour de cassation, qui veut camper le devoir de conseil du banquier dans des limites étroites pour qu'il reste banquier et ne devienne pas conseiller en matière bancaire. Une preuve de cette politique viendra peut-être lors de l'étude du débiteur du devoir de conseil.

Paragraphe II

Les initiés créanciers de l'obligation de conseil.

Les initiés constituent la seconde catégorie de contractants créanciers de l'obligation de conseil, mais il est beaucoup plus rare de rencontrer en tant que destinataire de l'obligation ces personnes qui partagent les secrets ou plutôt la connaissance du spécialiste. Logiquement, cette particularité devrait même constituer à leur égard un empêchement, majeur à devenir créancier d'une obligation de conseil qui ne serait pas expressément prévue par le contrat, et l'on concevrait mieux en raison de leur égalité avec le spécialiste,

(153) – Cass. Com. 3 Mai 2000, opcit.

(154) – Paris, 6 Février 1998, Juris-data n° 020482.

une règle jurisprudentielle selon laquelle une personne avertie ou compétente ne peut bénéficier de l'obligation. Cependant, il est des hypothèses où l'on constate que l'initié, à l'instar du profane, profite du conseil de ses pairs. Avant de les envisager, il n'est pas sans intérêt d'examiner la conception jurisprudentielle de l'initié.

A

La définition de l'initié.

La définition de l'initié est largement tributaire de celle proposée pour le profane et elle évolue inversement : autant les tribunaux ont une conception extensive du profane, et même objective, autant leur conception de l'initié est restrictive et subjective. Elle, est indissociablement liée au degré de compétence que l'on suppose au contractant et il ne semble pas exister de paramètre strict pour distinguer à coup sûr le profane de l'initié. Comme la compétence doit se prouver dans chaque espèce, c'est dire que la situation du débiteur de l'obligation est fort délicate bien que certains indices soient susceptibles de lui faciliter la tâche. En réalité, les possibilités sont assez limitées : ou le débiteur de l'obligation sait que son client a personnellement pratiqué la discipline en cause et qu'en conséquence il la connaît, ou le débiteur peut déduire de la profession exercée par son client qu'il a les connaissances nécessaires pour l'obtention de la qualité d'initié (155).

La pratique habituelle d'un certain type d'opérations implique sans aucun doute la qualité d'initié. Mais ce critère ne peut intervenir que dans un domaine bien précis, celui des affaires où la comparaison entre les connaissances et les compétences de chacun des co-contractants peut être conduite avec moins de vigueur que dans des disciplines plus techniques. La pratique des affaires devient donc le premier indice utilisable pour distinguer l'initié (156).

Dans un arrêt ancien, le banquier devient ainsi un homme d'affaires considéré parfaitement apte à discerner tout ce qui lui convient pour la défense de ses intérêts car il est habitué aux opérations commerciales. Dans l'hypothèse d'une cession de créance, il doit

(155) – Il ne sera pas traité ici de l'initié qui devient créancier d'une obligation de conseil soit en raison de la conclusion d'un contrat de conseil au sens strict, soit en vertu d'une disposition expresse de conseil incluse dans le contrat ; Cf. Civ. 1^{ère}, 6 Décembre 1978, J.c.p. 1980 . II. 19404, note M. Dagot ; Dijon ; 20 Décembre 1944, D. 1945, 176. Par ailleurs, la jurisprudence considère que le fait par le client de consulter une société de conseil prouve que ce client n'entend pas se fier à ses propres connaissances ; Colmar 9 Novembre 1973, Gaz. Pal. 1973. 1. 289.

(156) – Civ. 1^{ère}, 6 Juillet 1971, J.c.p. 1972. II. 17151, note C. Gavalda ; dans le même sens ; Grenoble, 24 Mars 1874, D.P. 1875. 2. 197 ; Req. 12 Février 1883, D.P. 1884. 1. 255 ; Gaz. Pal. 1884. 1. 410 ; S. 1883. 1. 171 ; Req. 20 Octobre 1891, D.A. 1893. 1. 170 ; S. 1892. 1. 585 ; Pau, 20 Juin 1892, D.P. 1893. 2. 161, note Cohendy.

être considéré comme expérimenté par le notaire (157). Est également un homme d'affaires éclairé, un ancien conservateur des hypothèques en Suisse qui se livre à des opérations financières pour son propre compte et pour celui d'un groupe financier (158). Pour la chambre commerciale de la cour de cassation, le client d'une banque lorsqu'il est un spéculateur averti, est censé connaître les usages bancaires (159).

Une autre décision de cette même chambre commerciale apporte quelques précisions supplémentaires en considérant qu'un médecin est averti de la pratique boursière lorsqu'il l'a utilisée avec des agents de change et que dans un certain nombre d'opérations en bourse, il a été donneur d'ordres (160).

Toutefois, c'est là une indication qu'il conviendra de manier avec beaucoup de circonspection. Ce n'est pas parce que le client a déjà utilisé les mécanismes que manipule quotidiennement le professionnel, qu'il les maîtrise intégralement. Au contraire, sa connaissance peut être très partielle et sauf exception, elle n'est jamais spécialisée. Ainsi que l'observe M. Gavalda : « il est hardi de considérer que tout exportateur ou importateur est un initié à la réglementation du commerce extérieur » (161).

Dans ces conditions, la tâche du professionnel débiteur de l'obligation de conseil se complique singulièrement. D'une part, il doit détecter le degré d'initiation du client et si cette étude est aisée, surtout lorsqu'il s'agit d'un client habituel, il est en revanche presque impossible pour le débiteur de discerner le moment où son client passe de l'état de profane à celui d'initié. Il ne peut y avoir de barème-type et dans les rares occasions où la jurisprudence aurait pu apporter quelques précisions, il faut constater qu'elle a été d'une discrétion exemplaire. De toute façon, on peut raisonnablement penser que la jurisprudence exigera une pratique assez conséquente du type d'opération envisagée et en tout état de cause, il est peu probable qu'elle revienne en ce qui concerne l'obligation de conseil sur la solution dégagée en matière d'obligation de renseignements selon laquelle l'utilisateur d'un produit ne peut être considéré comme pleinement éclairé sur ses conditions d'utilisation pour

(157) – Req. 8 Juillet 1909, D.P. 1909. 1. 533.

(158) – Civ. 1^{ère}, 7 Octobre 1975, Bull. Civ. 1975. I. n° 259 ; Comp. Pour un receveur de l'enregistrement : Lyon 3 Juillet 1868, D.P. 1868. 2. 229.

(159) – Comm. 6 Juillet 1964, J.c.p. 1965. II. 14024, note C. Gavalda.

(160) – Comm. 28 Octobre 1974, J.c.p. 1976. II. 18251, note M. Boltard ; D. 1976. 373, note Decamme ; Comp. Civ. 1^{ère}, 15 Janvier 1974, D. 1974, Somm. 80.

(161) – C. Gavalda, note sous Comm. 9 Avril 1973, J.c.p. 1973. II. 17555.

l'avoir déjà employé l'année précédente (162).

D'autre part, le débiteur de l'obligation devra deviner l'attente de ces "initiés", essentiellement variable selon les circonstances, soit qu'ils n'espèrent aucune assistance particulière du professionnel, soit au contraire qu'ils formulent la même demande implicite que les véritables profanes. Cette dernière hypothèse sera certainement la plus fréquente et elle comportera un danger pour le professionnel dans la mesure où la qualité d'initié du client peut être sujette à caution.

Aussi, vu l'orientation jurisprudentielle actuelle, le débiteur de l'obligation de conseil, pour se faire une idée de la compétence de son client, sera mieux avisé de considérer le métier de son partenaire : l'exercice d'une profession commune fait supposer que le client ne peut être totalement considéré comme profane. C'est ainsi que pour la 3^{ème} Chambre Civile de la Cour de Cassation, une gérante de société doit être considérée comme une femme d'affaires avertie face à un intermédiaire professionnel, agent immobilier (163). Il ressort aussi d'une décision de la première chambre civile de la Cour Suprême que l'architecte peut-être considéré comme un initié par le notaire ; la Cour a en effet jugé qu'il n'avait pas à être éclairé sur la portée de la mention d'un acte, relative à l'existence d'un plan d'urbanisme (164).

Mais ce dernier indice s'il peut se révéler efficace est aussi d'une utilisation limitée pour un certain nombre de raisons : la notion d'initié est d'abord entendue strictement par la jurisprudence. Spécialement dans le secteur des "affaires", l'incertitude qui règne quant aux connaissances qui doivent accompagner ceux qui interviennent dans un tel domaine, implique que l'on fasse preuve de beaucoup de complaisance à l'égard de certains clients pour ne pas leur attribuer la qualité d'initié.

C'est ainsi que la Cour d'Appel de Toulouse en 1968 a pu décider que « bien que le prêteur ait été accompagné de son frère (promoteur immobilier) et qu'il ait compris, comme il l'a reconnu, que l'hypothèque n'avait d'effet qu'au bout de deux ans, cela n'exclut pas, vu leurs professions réelles et leur formation que l'un et l'autre aient été abusés sur la signification et les conséquences véritables de la convention » (165).

(162) – Civ. 1^{ère}, 9 Décembre 1975 (2^{ème} espèce), J.c.p. 1977. II. 18588, obs. Ph. Malinvaud : « Cependant l'acheteur d'une machine à étiqueter les bouteilles du fait de sa profession de viticulteur confirmé, a été considéré comme un initié. En réalité, la cour de cassation a confondu deux notions : celle d'initié qui implique une certaine compétence en la spécialité professée et celle de bon père de famille qui oblige l'utilisateur d'une machine à adopter une conduite prudente et à s'abstenir d'intervenir sur une machine en marche dans l'espoir de réparer un dysfonctionnement ; Civ. 1^{ère}, 11 Juin 1980, Rev. Trim. Dr. Com. 1981, 349, obs. J. Hémar.

(163) – Civ. 3^{ème}, 30 Mars 1978, Gaz. Pal. 1978. 2. Pan. Jur. 264.

(164) – Civ. 1^{ère}, 2 Mars 1964, Bull. Civ. 1964. I. n° 122.

(165) – Toulouse, 4 Mars 1968, D. 1968. 480, concl. Feixas.

Cet arrêt n'est pas le seul qui laisse rêveur sur l'étrange conception qu'ont certains tribunaux de la compétence de certains professionnels. Ainsi le Tribunal Civil de la Seine, le 30 Avril 1957 avait déjà refusé de suivre l'argumentation d'un agent d'affaires qui imputait l'omission de garantie accompagnant la vente, au client parce que, en sa qualité d'ancien greffier en chef du tribunal de commerce de la Seine, il était parfaitement compétent pour apprécier les modalités du contrat (166).

Pour aggraver le tout, cette qualité d'initié doit s'apprécier par rapport au contenu de l'obligation de conseil qui peut être très spécifique. Le notaire, client d'un architecte a été considéré comme spécialement averti de la législation en matière de subventions et l'architecte s'est vu dégagé de toute responsabilité (167). A l'inverse, l'acquéreur, arbitre près d'un tribunal de commerce et gérant d'une société immobilière, doit malgré son expérience des affaires être informé d'une réglementation législative spéciale n'ayant qu'à s'appliquer exceptionnellement dans la région parisienne (168). Etant donné les faits de l'espèce, la décision était parfaitement équitable, mais il faut avouer qu'elle ne facilite en rien la tâche du débiteur de l'obligation.

Il est d'ailleurs rare que celui-ci soit amené à contracter avec un professionnel de sa spécialité (169). Le plus souvent, il s'adressera à des professionnels de spécialités voisines, mais néanmoins distinctes. Dans le secteur de la construction, c'est un phénomène fréquent et le problème de la compétence technique du promoteur illustre de façon idéale ces difficultés auxquelles sont confrontés les débiteurs de l'obligation. En effet, sauf exception, le promoteur n'est pas considéré comme notoirement compétent pour ce qui relève de l'art de construire proprement dit, même si l'on éprouve une certaine réticence à le regarder comme un profane à part entière (170) et même si certains auteurs préféreraient retenir "l'apparence de compétence" (171). Par contre, il retrouve sa qualité de professionnel avisé lorsque son action se situe dans le domaine administratif ou commercial puisque tel est l'objet de sa spécialité (172), lorsque des collaborateurs qualifiés et des services compétents sont à sa disposition (173) ou encore lorsqu'il est lui-même soit architecte, soit entrepreneur.

(166) – Trib. Civ. Seine, 30 Avril 1957, D. 1957. 441.

(167) – Civ. 3^{ème}, 15 Décembre 1981, J.c.n. 1982. Prat. 651 : Rappr. pour un promoteur dans ses rapports avec un architecte : Civ. 10 Février 1982 préc.

(168) – Civ. 1^{ère}, 23 Mars 1966, Bull. Civ. 1966. I. n° 205.

(169) – Civ. 1^{ère}, 2 Janvier 1970, D. 1970, Somm. 71.

(170) – A. Caston, La responsabilité des constructeurs, Ed. du Moniteur 1979, n° 526, p. 240 ; Ph. Jestaz, Les malfaçons de l'immeuble. Par qui et à qui la garantie est-elle due ? Gaz. Pal. 1969. 2. Doct. 227.

(171) – B. Boubli, Cité par A. Caston, opcit.

(172) – A. Caston, opcit, n° 109, p. 71 ; Civ. 3^{ème}, 10 Février 1982, J.c.n. 1983, Prat. 14 ; Rappr. Civ. 3^{ème}, 30 Mai 1984, J.c.p. 1984. IV. 253.

(173) – Ph. Jestaz, opcit, D. 1969. 74 ; Cass. Civ. 3^{ème}, 28 Novembre 1974, D. 1975 ; I.R. 50 ; Bull. Civ. 1974. III. n° 419.

Ainsi, celui qui cumule les fonctions de promoteur, de maître de l'ouvrage et d'entrepreneur général pour la construction d'un ensemble immobilier, n'est pas un profane en la matière (174).

En conclusion, on peut donc faire observer que peu de clients d'un professionnel pourront avoir la qualité d'initiés et cette remarque rejoint celle qui avait été formulée précédemment à savoir que la jurisprudence entendait fort extensivement la notion de profane (175).

La hiérarchie des compétences peut venir renforcer cette tendance ; car la compétence de l'entrepreneur général comparée à celle de l'entrepreneur spécialisé est loin d'être évidente, et que peut-être alors la compétence du médecin généraliste par rapport au spécialiste ? Néanmoins, il n'est pas certain que l'on puisse considérer les premiers comme de simples profanes. Qu'on le regrette ou au contraire qu'on l'approuve, il y aura toujours déséquilibre des connaissances entre les hommes, mais ce déséquilibre irréductible lorsqu'il est limité ne devrait pas impliquer la qualité de profane. Il est tout à fait inéquitable de considérer comme un profane l'entrepreneur général qui sous-traite un marché avec une autre entreprise au motif que cette dernière est plus spécialisée que lui.

En fait, la définition de l'initié ne s'explique que par le principe jurisprudentiel qui constitue la solution à un problème beaucoup plus vital pour les contractants, celui de savoir si l'initié est ou n'est pas créancier de l'obligation de conseil.

Aucune réponse globale ne peut être apportée à cette question en raison de l'indigence de la jurisprudence et de l'absence de solution qui aurait valeur de principe général. Cependant, les décisions jurisprudentielles intervenues en la matière et qui concernent exclusivement deux catégories de débiteurs de l'obligation permettent de dégager une politique à laquelle adhère pour l'instant l'ensemble des juridictions françaises.

Le notariat constitue l'une de ces catégories professionnelles débitrices par excellence de l'obligation de conseil, qui a à traiter couramment avec des initiés. Lorsque ceux-ci ont entendu engager la responsabilité du notaire, la jurisprudence a dû se pencher principalement sur la diligence qui aurait dû être celle de l'officier ministériel et s'est donc implicitement préoccupée de l'existence de l'obligation.

Si l'on analyse les arrêts sous le seul angle de la solution qui a été donnée au litige, on est amené à conclure que chaque fois que le client était expérimenté, la responsabilité du notaire disparaissait. Il y avait donc relativité du devoir de conseil, mais cette relativité impliquait-elle disparition du devoir de conseil ? En d'autres termes, la création de l'obligation

(174) – Aix en provenance, 19 Mai 1969, Gaz. Pal. 1970. 2. Somm. 63.

(175) – Cf. Gavalda, Dp. 1989, p 30.

obéit-elle aux mêmes règles que le contenu de l'obligation, dépend-t-elle de la seule qualité de profane d'une personne ou au contraire, est-elle indifférente aux qualités du client ?

La jurisprudence n'a guère eu d'occasion de s'expliquer que ce point et sa prudence est extrême (176). C'est ce qu'exprime la formule embarrassée du Tribunal Civil de la Seine qui a jugé que le devoir de conseil "paraît cesser en jurisprudence" lorsqu'il est absolument manifeste que le client est à même par son expérience des affaires de faire des vérifications très simples (177) ; mais cesser de s'exprimer ou d'exister ?

Les études menées par la doctrine sur l'obligation de conseil s'accordent pour reconnaître que le notaire n'est pas obligé d'éclairer son client lorsque celui-ci a une telle expérience du droit ou des affaires que tout conseil serait de sa part inutile (178). Mais c'est aussi se référer au contenu de l'obligation de conseil, à son expression. Qu'en est-il vraiment de l'existence de l'obligation ? Deux arguments peuvent être avancés en faveur de l'existence de l'obligation face à un client expérimenté.

Depuis 1921 (179), la jurisprudence a constamment réaffirmé le principe du caractère absolu et général du devoir de conseil du notaire, devenu une obligation professionnelle.

D'autre part, la jurisprudence a parfois fait expressément obligation au notaire d'attirer l'attention de son client alors que celui-ci est expérimenté. C'est ainsi que dans une revente d'exploitation agricole, la Cour d'Appel de Reims a laissé une part de responsabilité à la charge du notaire dont le client exploitant agricole avait la réputation d'être un professionnel particulièrement avisé des questions agricoles. La cour a jugé que si le notaire ne pouvait rien lui apprendre de ce qu'il savait déjà, il lui aurait été cependant loisible avant de dresser l'acte litigieux d'attirer solennellement son attention sur l'irrégularité de la vente projetée et de lui faire signer une décharge de responsabilité (180). La Cour d'Appel de Paris refuse au notaire toute atténuation de responsabilité à raison de la qualification professionnelle de son client qui était marchand de biens au motif que cette circonstance ne pouvait à l'évidence l'autoriser à se soustraire à un devoir qui lui incombait en propre en sa qualité d'officier ministériel (181). De même, dans un arrêt beaucoup plus ancien, la Cour d'Appel de Bourges a estimé que le fait pour la partie lésée par l'acte de se livrer « habituellement à des opérations d'achat et de revente de fonds de commerce ne saurait dispenser le notaire de

(176) – Cf. Par exemple : Colmar, 30 Juin 1982. Banque 1982, p. 1262, note L.M. Martin ; Paris, 11 Mai 1886, S. 1888. 2. 110.

(177) – Trib. Civ. Seine, 22 Janvier 1934, S. 1934. 2. 89.

(178) – H. Senamaud, Th. préc. p. 69 ; J. Deneux, Th. préc.

(179) – Civ. 1^{ère}, 21 Juillet 1921, D. 1925. 1. 29.

(180) – Reims, 7 Mars 1977, J.c.p. 1978. IV. 318.

(181) – Paris, 13 Mars 1990, D. 1990. I.R. 113.

remplir son devoir de conseil, soit comme rédacteur de l'acte, soit comme mandataire » (182).

L'obligation de conseil du notaire existe donc dans son principe même si elle ne s'exprime pas en raison de facteurs psychologiques ; ce qui est le plus souvent en cause, c'est l'intensité de l'obligation et non son existence. C'est d'ailleurs cette opinion qu'adopte la doctrine (183). Mais on conviendra que la position du débiteur de l'obligation est délicate et que la plus élémentaire prudence doit souvent le conduire à donner à l'initié les mêmes conseils qu'à un profane en raison des erreurs qu'il pourrait commettre dans son estimation de la compétence du client, et de l'allégement très relatif du devoir de conseil puisque le notaire est seulement dispensé d'informer son client des points qu'il peut connaître (184).

L'existence de l'obligation de conseil entre initiés dans le secteur de la construction ne fait non plus aucun doute et est affirmée par la doctrine et la jurisprudence, J. Mazeaud note qu'en cas d'erreurs de plans, les techniciens du bâtiment doivent faire au maître d'ouvrage notoirement compétent « les observations qui s'imposent... comme ils ont le devoir de le faire en toute occasion » (185), mais que « l'autorité technique du maître de l'ouvrage » conditionne leur responsabilité (186). La jurisprudence admet aussi que l'architecture doit informer au titre de son devoir de conseil les techniciens qui travaillent sous ses ordres (187) ou la société, maître de l'ouvrage, bien qu'elle soit composée de professionnels spécialement avertis des questions du bâtiment (188). De même, l'entrepreneur général a vis-à-vis de son sous-traitant une obligation de conseil qui permettra à ce dernier d'engager sa responsabilité s'il a été mal conseillé ou surveillé (189). Inversement, le sous-traitant a un devoir de conseil vis-à-vis de l'entrepreneur général (190) et l'entrepreneur, une obligation

(182) – Bourges, 20 Mars 1899, D.P. 1899. 2. 493 : - Sur ce point, voir également : T.G.I. Nevers, 2 Mai 1973, D. 1973. Somm. 91 ; Riom, 17 Mai 1979, D. 1980. 12, note G.A. ; Defr. 1980. 389, note Aubert ; Civ. 1^{ère}, 12 Novembre 1987, Bull. Civ. 1987. I. n° 288 ; D. 1987. I.R. 239 ; Civ. 1^{ère}, 25 Janvier 1989, D. 1989, I.R. 46 ; Comp. Civ. 1^{ère}, 2 Janvier 1970, D. 1970. Somm. 71.

(183) – J. de Poulpiquet, *opcit*, n° 85, p. 99, n° 87, p. 103.

(184) – J.L. Aubert, note sous Civ. 1^{ère}, 10 Février 1972, D. 1972. 712.

(185) – J. Mazeaud, note sous Cass. Civ. 17 Octobre 1972, D. 1973. 315 : Cf. également Req. 29 Mars 1893, D. 1896. 1. 289 ; Soc. 18 Février 1944, D.A. 1944. 63 ; Civ. 3^{ème}, 14 Janvier 1975, D. 1975. I.R. 67.

(186) – J. Mazeaud, *opcit*, p. 315 ; P.I., note sous Paris, 26 Avril 1979, J.c.p. 1980, Ed. C.I. 13256.

(187) – J. Mazeaud, *Contrat d'entreprise*, Rep. Dr. Civ. Dalloz, n° 189.

(188) – Civ. 3^{ème}, 10 Mars 1981, J.c.p. 1981. IV. 191 ; Comp. pour une limitation des diligences lorsque le maître de l'ouvrage est une société spécialisée : Civ. 3^{ème}, 20 Novembre 1974, J.c.p. 1975. IV. 9.

(189) – J. Mazeaud, *opcit*, n° 152 ; Civ. 1^{ère}, 20 Décembre 1961, Bull. Civ. 1961. 1. n° 619 ; Comm. 20 Octobre 1965, D. 1966, Somm. 57 ; Cass. Civ. 15 Octobre 1974, D. 1974. Somm. 143.

(190) – Civ. 3^{ème}, 20 Juillet 1976, J.c.p. 1976. IV. 311 ; Contra : Civ. 3^{ème}, 13 Mai 1958, Bull. Civ. 1958. III. n° 188, où il a été jugé que le sous-traitant n'a pas à apprécier et pas davantage à redresser les erreurs de conception commises par l'entrepreneur.

de conseil envers le maître d'ouvrage (191).

Il sera toujours possible d'objecter que les fonctions des constructeurs sont parfois nettement différenciées, qu'elles ont tendance à se spécialiser et que le degré d'initiation des participants à l'opération de construction peut être très variable. Il est cependant impossible de les considérer dans leurs rapports, comme de purs profanes en raison du tronc commun des connaissances qu'ils partagent.

L'examen de ces deux domaines d'activité, notariat et construction, permet de conclure à l'existence d'une obligation de conseil indépendamment de la qualité des parties, pratiquement, la distinction qu'établit la jurisprudence entre profane et initié, se réduit à une simple modification du contenu de l'obligation, la délivrance de l'avis exigeant plus de soins que dans le cas d'un destinataire profane.

Hormis ces deux secteurs, le principe de l'obligation de conseil entre initiés est des plus douteux. En effet, la limitation du domaine de l'obligation entre initiés se justifie respectivement pour le notaire par la considération de sa situation de monopole et du rôle qui lui est attribué par la loi, et pour le constructeur, par la considération soit du destinataire final de l'opération, profane en général, soit du danger que présente pour les tiers une construction vicieuse. D'autres considérations de l'écart des compétences viennent donc expliquer l'obligation de conseil entre initiés.

En outre, étendre le domaine de l'obligation aboutit à des solutions elles-mêmes absurdes. Pour prendre une hypothèse extrême, on imagine difficilement « un banquier » éclairant de ses conseils "obligés" un confrère qui les exigerait. En conséquence, lorsqu'aucun motif aussi digne d'intérêt ne vient prendre le relais de l'écart des compétences, il ne peut être question d'admettre le principe de l'obligation de conseil entre initiés, la création d'un tel principe étant des plus contestables. Cependant, certaines circonstances particulières favorisent la création d'une obligation de conseil entre initiés et obligent l'une des parties à honorer une dette de conseil.

Le facteur qui contribue ainsi à créer l'obligation entre initiés est constitué par le lien de confiance qui s'instaure entre eux au cours de relations suivies. De même qu'elle a toujours admis que le devoir de conseil s'alourdit lorsque le débiteur traite avec des clients habituels, de même la jurisprudence tient compte de la confiance qu'inspire le professionnel à celui qui est soit un véritable initié, soit à même de se défendre.

Aussi le contractant peut-il occuper une situation sociale élevée, peut-il avoir l'expérience des affaires, se douter des risques de l'opération, il doit bénéficier malgré tout du conseil dans la mesure où confiant dans les connaissances juridiques et l'expérience du

(191) – Civ. 3^{ème}, 19 Juin 1969, Bull. Civ. 1969, III. n° 506.

professionnel, il l'a chargé depuis plusieurs années de la gestion d'une partie de son patrimoine. Certes, on pourra objecter que l'obligation dérive plus du contrat que des sentiments des parties et retenir la responsabilité de l'huissier en tant que négociateur de l'acte pour manquement à son obligation de conseil, il demeurera néanmoins que la confiance qui lui a été donnée, lorsqu'elle s'est fortifiée pendant de longues années, impose à cet huissier un certain nombre de devoirs, le contrat conclu étant largement tributaire "de l'aptitude que le client lui attribuait à le conseiller utilement" (192).

Il a été aussi jugé que le devoir de conseil d'un garagiste envers son client doit s'apprécier principalement au regard et de la compétence de ce dernier et du caractère habituel de leurs relations (193), et dans cette affaire, la Cour de Cassation a nettement distingué le problème de la responsabilité du débiteur de l'obligation, de celui de son existence.

Mais c'est là l'extrême limite du domaine du devoir de conseil entre initiés. On comprend dans ces conditions, que la définition de l'initié soit si restrictive d'autant que l'on constate que l'obligation de conseil subit un certain nombre de transformations dues à l'environnement contractuel différent.

D'une part, la concrétisation de l'avis n'est pas systématique et le conseil ne devient une obligation à respecter de façon active qu'en raison des circonstances propres à l'espèce.

D'autre part, quand il y a lieu de "conseiller" explicitement, le mécanisme de l'obligation obéit à des règles spéciales. Le débiteur de l'obligation peut se contenter de communiquer du renseignement laissant à l'initié le soin d'en tirer les conclusions qui s'imposent. Ainsi le notaire se doit-il de renseigner complètement l'acquéreur, agent immobilier, sur les particularités de l'immeuble et doit éclairer les parties sur les conséquences de leurs actes (194). En pratique, le devoir de conseil va évidemment au-delà de ce minimum et comporte tous les soins qu'un bon professionnel se doit d'apporter lors de la formation et de l'exécution du contrat.

En outre, comme l'on est entre initiés, les rôles ne sont pas distribués une fois pour toutes, mais sont interchangeables. Le débiteur de l'obligation peut se retrouver en situation de créancier : le jeu n'est jamais figé puisque c'est la possession de l'information nécessaire à la bonne exécution de la prestation qui détermine le rôle. Ce qui se passe entre les participants à une opération de construction est très représentatif de cet état de chose : architecte et entrepreneur sont réciproquement créanciers et débiteurs de l'obligation de

(192) – Civ. 1^{ère}, 12 Novembre 1975, Bull. Civ. 1975, I. n° 320.

(193) – Comm. 15 Novembre 1978, D. 1979 I.R. 172.

(194) – T.G.I, Nevers, 2 Mai 1973, D. 1973. Somm. 91.

conseil. L'entrepreneur « cesse d'être tenu du devoir unilatéral de conseiller et de contrecarrer un inexpert » (195), les connaissances et l'expérience de chacun des participants doivent en effet conduire à l'échange de conseils. C'est ainsi qu'il a été jugé que le bureau d'études peut conseiller l'entrepreneur, mais que celui-ci doit aussi attirer l'attention de ce même bureau sur les inconvénients de la solution proposée (196).

Ce nouveau régime de l'obligation de conseil répond de façon satisfaisante aux besoins des contractants initiés, mais il permet de préciser en même temps la condition juridique du créancier de l'obligation lorsque celui-ci est un sachant.

B

La condition juridique de l'initié.

Lorsqu'un initié a pu être considéré comme créancier de l'obligation de conseil, sa condition juridique ne peut évidemment pas être la même que celle d'un profane. Le halo d'ignorance qui individualise le profane, s'est depuis longtemps dissipé et il ne peut être question de lui accorder le droit à l'ignorance (197). Quant aux discussions concernant la "minorité" de ce type de contractant, elles sont encore moins de mise, celui-ci ayant par ailleurs l'occasion de devenir lui-même débiteur de l'obligation de conseil.

Logiquement, puisqu'il fait partie des initiés, ce contractant devrait avoir la même condition juridique que le débiteur de l'obligation et en conséquence, supporter le poids de la présomption de compétence et de connaissance qui caractérise ce dernier. Mais parallèlement ces présomptions apparaissent comme inconciliables avec sa condition de créancier et avec la délivrance effective du conseil.

Sur la condition juridique de l'initié, créancier de l'obligation de conseil, la jurisprudence est d'une pauvreté extrême. Cependant, il semble possible de déduire de l'étude des arrêts rendus en matière de construction qu'elle octroie un certain pourcentage "d'innocence" à l'initié, innocence qu'elle s'efforce de justifier par la hiérarchie des fonctions ou par leur spécialisation. Cette attitude n'est pas dénuée de pragmatisme. En effet, il a déjà été souligné la diversité des participants à une opération de construction. Même si l'on peut retenir le principe de leur compétence notoire au plan technique, il n'empêche que l'éclatement des tâches entraîne nécessairement une spécialisation qui focalise leurs connaissances ; et s'il est parfaitement inéquitable de leur accorder un large droit à l'ignorance, il est irréaliste d'adopter sans réserve la position inverse. Une partie des

(195) – G. Cornu, obs. sous Civ. 3^{ème}, 7 Décembre 1976, Rev. Trim. Dr. Civ. 1978, p. 152.

(196) – Rennes 4^{ème} Ch., 25 Octobre 1974, Rastel c/ Poissel et Lanrivin, C.D.J.O, n° 725.

(197) – Civ. 1^{ère}, 15 Octobre 1980, Rev. Dr. Imm. 1982, n° 1, J.C. Groslière et Ph. Jestaz.

avantages reconnus au créancier profane pourra être ainsi allouée au créancier initié sous forme d'une présomption d'ignorance. Mais celle-ci jouera fort modérément et exceptionnellement.

D'une part, il ne peut être question d'ériger la présomption en principe, la qualité d'initié étant incompatible avec une systématisation de celle-ci.

D'autre part, la présomption reste largement conditionnée par les qualités personnelles de l'initié qui deviennent des facteurs essentiels pour la détermination d'un degré d'ignorance légitime (198).

Quant au second avantage reconnu au profane, celui de la liberté de la décision, il semble que la situation de l'initié présente aussi quelque originalité : en principe, celui-ci reste libre de suivre ou de pas suivre le conseil donné. Mais en fait, tout dépendra du contenu du contrat et de la hiérarchie des professions. Il est évident qu'un architecte pourra négliger l'avertissement de l'entrepreneur, en revanche de par son devoir de direction, de surveillance et de contrôle des travaux, l'architecte disposera des moyens nécessaires pour contraindre l'entrepreneur à suivre ses conseils.

En résumé, la jurisprudence semble reconnaître à l'initié un certain besoin de protection, mais le fondement de cette protection ne peut être trouvé dans le seul déséquilibre des connaissances bien que les tribunaux admettent que l'initié n'est pas censé tout savoir, et en conséquence, obligent par exemple un fabricant à informer le vendeur du produit, ce dernier pouvant n'être pas forcément au courant de ses dangers (199).

En effet dans la situation extrême, l'ignorant se trouve dans l'impossibilité subjective de faire les choix qui s'imposent et l'obligation pallie sa formation insuffisante. La défense du faible contre le fort apparaît comme l'objectif principal. Mais l'argument ne vaut plus pour justifier l'obligation de conseil entre initiés de façon satisfaisante. L'initié n'est pas en position de faiblesse car d'une part sa connaissance ne diffère pas fondamentalement de celle du spécialiste et d'autre part, il est introduit : en conséquence, il est apte à acquérir l'instruction qui lui fait défaut. Il n'y a pas donc lieu de chercher à protéger cette personne pour son manque de connaissance ; en revanche, il y a lieu d'assurer une certaine sécurité juridique en ce qui concerne le déroulement à venir de la convention et ses conséquences futures. Plus que le déséquilibre des connaissances, cette dernière idée rend compte de l'économie de l'obligation et explique que des initiés puissent en devenir créanciers.

(198) – Civ. 1^{ère}, 31 Janvier 1973, Bull. Civ. 1973, I. n° 40.

(199) – Pour un refus d'accorder cette présomption d'ignorance en raison des qualités personnelles de l'initié ; Civ. 1^{ère}, 2 Janvier 1970, D. 1970, Somm. 71.

Paragraphe III

Le tiers bénéficiaire auxiliaire de l'obligation de conseil.

Même lorsque le fondement de l'obligation se trouve dans un déséquilibre des connaissances, le conseil s'inscrit juridiquement dans un cadre contractuel, soit qu'il découle d'un contrat conclu en bonne et dûe forme, soit qu'il s'exprime lors des pourparlers avant d'être consacré par la convention définitive. En conséquence, l'obligation de conseil n'intéressant que les contractants, la rigueur impose l'exclusion du groupe des créanciers, de toutes les personnes étrangères à l'accord de volontés. En effet, d'une part on ne voit pas à quel titre ces dernières pourraient y participer, d'autre part et plus pratiquement, le débiteur de l'obligation ne connaît que son créancier.

Cependant, il faut bien constater que certaines personnes, sans devoir y participer, peuvent être intéressées au premier chef par le lien contractuel qui se noue ou qui vient de l'être, et que ces tiers peuvent désirer recevoir que des renseignements, que des conseils dans la mesure où l'objet du contrat les concerne.

Un tel cas de figure se rencontre dans le domaine de la construction. Tantôt c'est le client qui charge un professionnel du bâtiment (architecte, bureau d'études, entrepreneur) de faire appel aux différents corps de métiers pour la réalisation de l'opération projetée et de passer tous les contrats utiles. Tantôt au contraire, ceux-ci n'ont de relations qu'avec le client. Dans ces deux hypothèses, si l'on ne tient compte que du lien contractuel pour admettre le conseil, le client et même les professionnels risquent de pâtir à plus ou moins long terme de l'absence d'informations, voire de collaboration entre eux. De plus, c'est nier la finalité des différents contrats car toutes ces personnes sont intéressées à des stades divers à la bonne réalisation de l'opération. Consciente de l'inconvénient qui consisterait à enfermer l'obligation de conseil dans le cadre trop strict du contrat et donc à limiter le bénéfice de l'obligation aux seuls contractants, la jurisprudence n'a pas failli à la politique pragmatique qu'elle suit depuis toujours en la matière et en conséquence, elle oblige en certains cas, des débiteurs de l'obligation de conseil à informer et à aider les tiers lorsque ceux-ci en ressentent le besoin.

L'analyse de cette jurisprudence révèle certains traits originaux : d'une part le domaine de l'obligation de conseil est assez nettement circonscrit, d'autre part, le devoir de conseil se pratique entre initiés.

Les tiers qui peuvent bénéficier d'un tel avantage sont nécessairement en nombre restreint. En effet, il faut être puissamment concerné par la relation contractuelle et ses conséquences pour pouvoir prétendre à l'obligation de conseil. La circonstance est assez

rare pour que les tiers ne soient reconnus créanciers que dans des circonstances bien précises et seulement vis-à-vis de trois catégories de débiteurs.

Le premier corps qui ait à se préoccuper de conseiller les tiers est constitué par les notaires. Leur qualité d'officiers publics ne les cantonne pas dans le rôle de simples authenticateurs d'actes mais leur impose un devoir d'impartialité qui les conduit à conseiller les parties. Le notaire a ainsi le devoir « d'avertir non seulement ses clients mais encore les autres parties » (200) des précautions à prendre pour sauvegarder leurs intérêts. Ainsi est-il tenu d'une obligation de conseil envers des personnes qui bien qu'elles n'étaient pas des clientes, se portent caution des emprunteurs dans un acte de prêt reçu par lui (201).

En matière de succession, la jurisprudence est aussi très ferme sur ce point : elle met à la charge du notaire l'obligation de faire connaître aux tiers non informés, l'existence de leurs droits (202) et de donner tous conseils indispensables (203). A deux reprises, le Tribunal de Grande Instance de la Seine a jugé que le notaire a le devoir, alors même que certains des cohéritiers ne seraient pas clients personnels de son étude, de prodiguer aux intéressés tous conseils utiles afin d'éviter l'application de pénalités de retard (204). Plus surprenant, ce notaire devra donner ses conseils éventuellement par l'intermédiaire du notaire personnel des cohéritiers (205).

Mais s'il est certain que le notaire doit avertir les tiers, encore lui faut-il déterminer lesquels et s'il est assuré que certaines personnes remplissent les conditions pour devenir créditrices de ses conseils, il lui reste encore à résoudre la question des diligences qui doivent être les siennes dans sa recherche des créanciers de l'obligation, car la principale difficulté tient à ce que le notaire peut ne pas connaître les tiers ; il en va ainsi en matière successorale et le notaire est jugé responsable de l'omission d'héritiers dans la succession car il doit se préoccuper de sauvegarder les intérêts des ayants-cause des parties (206). Assurément, le notaire a le devoir de se renseigner de sa propre initiative sur les conditions nécessaires à la pleine efficacité des actes de son ministère. Cependant, tout en admettant

(200) – Trib. Civ. Lille, 18 Décembre 1956, D. 1957. 66 ; Civ. 1^{ère}, 4 Janvier 1973, Bull. Civ. 1973, I. n°1.

(201) – Cass. Civ. 4 Janvier 1973, Gaz. Pal. 1973, 1. Somm. 52.

(202) – Rep. Dr. Civ. "Notaire", n° 140.

(203) – Trib. Civ. Lille, 18 Décembre 1956, préc.

(204) – T.G.I. Seine 8 Avril 1965, D. 1966, Somm. 23 ; T.G.I. Seine 27 Octobre 1965, J.c.p. Ed. N. 1966. 14605, obs. P. Espagno ; Sur cette obligation du notaire auprès des héritiers et légataires, clients ou non de l'étude ; Paris, 2 Novembre 1982, Gaz. Pal. 1982. 1. Somm. 37 ; Versailles, 3 Mai 1983, D. 1983, I.R. 475 ; Civ. 1^{ère}, 6 Mars 1984 ; J.c.p. 1985. II. 20493, note Dagot ; Bull. Civ. 1984. I. n° 87 ; Paris, 8 Juillet 1985, D. 1986, I.R. 83 ; Paris, 18 Décembre 1989, D. 1990. I. R. 17.

(205) – T.G.I. Seine, 27 Octobre 1965, préc.

(206) – Cass. Civ. 18 Février 1964, D. 1964. 411, note Eismein ; J.c.p. 1964, Ed. N. 13691, note P. Espagno.

ce principe, il est parfois possible d'absoudre le notaire chargé de l'inventaire dans le cas de dissolution de la communauté par décès d'un époux pour ne pas avoir recherché le conjoint commun en biens lorsque l'existence de celui-ci ne s'est pas manifestée en temps utile, avant l'expiration du délai légal. Mais renseigné en temps utile sur son existence, sur son régime matrimonial et l'état de la communauté par le conjoint survivant à qui il incombe d'informer sans retard le notaire, celui-ci doit le conseiller même s'il a été requis par des héritiers ou des créanciers (207).

Les professionnels du bâtiment doivent eux aussi prêter assistance aux tiers : maître d'ouvrage ou pairs, selon le montage contractuel choisi initialement. Dans la majorité des cas, c'est à l'entrepreneur qu'est dévolu ce rôle : il semble servir de courroie de transmission entre l'architecte et le maître de l'ouvrage, devant attirer l'attention de chacun d'eux sur les inconvénients ou les dangers de la solution retenue (208) ; parfois, il peut se contenter d'alerter le tiers lorsque celui-ci apparaît comme le véritable responsable de l'erreur (209). Plus rarement, le bureau d'études ou d'architecte a à conseiller les autres participants à la construction (210). Dans le cas où il existe une entreprise pilote, c'est à l'entrepreneur spécialiste de signaler au maître de l'ouvrage les risques encourus (211). Une solution de ce type a prévalu pour les réparateurs qui sont amenés à se succéder sur un même bien. Lorsque la réparation de ce bien relève des compétences différentes de deux spécialistes et que le second réparateur a besoin de l'assistance du premier dont la spécialité pour être voisine de la sienne n'en est pas moins distincte, il y a faute pour le premier spécialiste à ne pas donner spontanément à l'autre les notices techniques et les directives nécessaires à l'exécution correcte du travail (212).

Enfin, la jurisprudence impose aux membres des équipes chirurgicales, l'obligation de conseil. Celle-ci a pu se développer en raison de l'importance prise par l'anesthésie dans le déroulement de l'opération. Dans la technique dite du monitoring, c'est à l'anesthésiste qu'il appartient d'apprécier si le malade est en état de supporter l'opération et de proposer l'arrêt ou la poursuite de l'intervention au chirurgien (213). Mais parallèlement, celui-ci ne peut s'en

(207) – Trib. Civ. Lille, 18 Décembre 1965, préc.

(208) – Civ., 3^{ème}, 7 mars 1979, J.c.p. 1979, Ed. C.I. 7818 ; Civ. 3^{ème}, 13 Juin 1973, Bull. Civ. 1973. III. n° 412 ; Civ. 3^{ème}, 28 Mai 1979, D. 1979 I.R. 501 ; J.c.p. 1979, Ed. C.I. n° 8031.

(209) – Cass. Civ. 3^{ème}, 12 Février 1974, Bull. Civ. 1974. III. n° 73.

(210) – Pour un bureau d'études : CAss. Civ. 9 Avril 1962, D. 1963. Somm. 10 ; Pour un géomètre : Civ. 3^{ème}, 14 Janvier 1975, Bull. Civ. 1975. III. n° 6.

(211) – Rennes 4^{ème} Ch. , 5 Janvier 1977, Soc. Deric c/Daufouy Bourgneuf, C.D.J.O, n° 16025.

(212) – Comm. 6 Décembre 1983, Bull. Civ. 1983. IV. N° 339 ; Rev. Trim. Dr. Civ. 1984. 523, obs. P. Rémy.

(213) – C. Vilar, L'évolution des responsabilités du chirurgien et de l'anesthésiste, Rev. Trim. Dr. Civ. 1974, p. 757, n° 41.

remettre aux seuls choix de l'anesthésiste. Ainsi, dans l'affaire Albertine Sarrazin (214), les magistrats ont retenu comme faute personnelle à la charge du chirurgien, le fait de s'être abstenu de "conseiller" à l'anesthésiste, une transfusion sanguine.

Trois constatations principales ressortent de cette jurisprudence. D'une part, on observe que le tiers ne devient créancier de l'obligation qu'à la condition que le co-contractant du débiteur de l'obligation de conseil ait déjà acquis cette qualité. Ainsi, c'est parce que l'entrepreneur est déjà tenu d'une obligation de conseil à l'égard du maître de l'ouvrage qu'il doit appeler l'attention de celui-ci ou de son architecte sur les graves erreurs présentées par les plans qu'il est chargé d'exécuter et qui ont été conçus par cet architecte (215). D'autre part, le conseil doit s'échanger entre initiés. Enfin, si l'on regarde les domaines où intervient cette obligation de conseil envers les tiers, on note que l'obligation ne semble être délivrée que pour parfaire le résultat qu'a promis le professionnel, qu'il s'agisse de dispenser des soins conformes aux données acquises de la science, d'assurer la validité et l'efficacité d'un acte juridique ou de construire un ouvrage apte à remplir sa fonction (216). Certes, l'idée de protection n'est pas toujours absente de cette jurisprudence et cette motivation est indéniable lorsqu'il est fait par exemple obligation au notaire d'informer la caution sur la portée de son engagement, notamment dans l'hypothèse où elle ne bénéficie pas de l'assistance d'un autre conseil (217). Mais au travers des précédentes observations, pointe aussi un autre objectif, celui de la protection du créancier principal de l'obligation, ce qui permet de justifier la naissance de cette dernière au profit des tiers initiés (218).

Pour démontrer le mécanisme auquel l'obligation de conseil obéit en pareil cas, il suffit de se référer à ce qui se passe dans le domaine des opérations de construction où les montages contractuels les plus divers peuvent léser le maître de l'ouvrage qui aurait vis-à-vis de l'un des participants à la construction, la qualité de tiers. L'hypothèse n'est pas rare et un arrêt de la Cour d'Appel de Rennes en fournit un bon exemple. Ayant constaté que certaines parties du bâtiment qui venait d'être édifié selon les plans d'un bureau d'études qui s'était en outre chargé de diriger les travaux, ne fonctionnaient pas correctement, le maître de l'ouvrage s'en plaignit auprès de ce cabinet, lequel commit un entrepreneur avec mission de remédier à la défektivité. Celui-ci reconstruisit l'ouvrage imparfait, mais l'enterra au milieu

(214) – Cass. Civ. 22 Juin 1972 (2^{ème} esp.), J.c.p. 1972. II. 17266, note R. Savatier ; Cf. Paris, 21 Octobre 1983, D. 1984. 149, note J. Penneau.

(215) – Civ. 3^{ème}, 12 Février 1973, préc.

(216) – Sur cette idée, voir par exemple : Comm. 6 Décembre 1983, Bull. Civ. 1983. IV. n° 339 ; Mais ceci expliquera également la réduction du cercle des tiers créanciers de l'obligation ; Civ. 3^{ème}, 16 Juin 1982, Défr. 1983. 789, note J.L. Aubert.

(217) – Civ. 1^{ère}, 4 Janvier 1973, Gaz. Pal. 1973. 1. Somm. 52.

(218) – Il faut noter que cette idée est également sous-jacente lorsque les deux contractants sont des initiés ; Cf. Le domaine de la construction.

de l'allée desservant la propriété. Quelques mois plus tard, un camion qui assurait l'entretien du domaine la défonçait ; le propriétaire demanda réparation du dommage, mais le bureau d'études comme entrepreneur récusait toute responsabilité, le premier prétendant n'avoir jamais été consulté sur le choix de cet emplacement et n'avoir pas vérifié les travaux, le second soutenant avoir reçu des instructions du bureau d'études. La Cour d'Appel décida que s'il était établi que le bureau d'études avait joué un rôle de maître d'œuvre, il n'était pas moins certain que l'entrepreneur, en tant que professionnel du bâtiment, devait attirer l'attention du client et du maître d'œuvre sur cette particularité et son inconvénient (219).

Du point de vue strictement juridique, la solution n'était pas si évidente car deux contrats seulement étaient intervenus l'un entre le bureau d'études et l'entrepreneur, l'autre entre ce même bureau d'études et le maître de l'ouvrage. Si l'on applique les règles classiques, seul le bureau d'études est créancier de l'obligation. Mais cette construction logique comporte plusieurs inconvénients non négligeables.

En premier lieu, l'obligation de conseil entre initiés, même lorsqu'elle est acquise dans son principe, est imprécise quant à son contenu. Or, en pratique, ce qui importe, c'est moins le principe que ce contenu. La forme sous laquelle s'exprime l'obligation est essentielle et l'on peut regretter ici le flou de la jurisprudence qui n'impose aucune règle stricte pour la délivrance de l'obligation entre initiés. Ensuite, on peut faire observer que donner le conseil à l'initié est certes utile car il pourra agir en conséquence ; mais, lorsque le débiteur de l'obligation a conscience que l'utilisateur de l'ouvrage sera une autre personne que le créancier de l'obligation, la simple prudence doit l'inciter à avertir celui qui supportera les inconvénients ou les risques de la solution retenue. Il doit être d'autant plus attentif à ce devoir qu'il n'a aucune certitude quant à l'information du tiers par son co-contractant initié. Enfin, s'en tenir à la construction traditionnelle, c'est établir une discrimination entre les maîtres d'ouvrages selon le montage juridique qu'ils ont choisi ; car le client qui s'est remis entre les mains du bureau d'études ou de l'architecte pour la réalisation de l'ouvrage, se voit privé des garanties qu'offre le conseil de l'entrepreneur alors qu'au contraire, il en bénéficierait s'il avait préféré contracter personnellement avec chacun d'eux.

Mais cette dernière solution présente elle-même des inconvénients. En effet, dans cette hypothèse, l'entrepreneur ne doit pas se considérer débiteur de l'obligation qu'envers le maître d'ouvrage. Or, celui-ci est un profane et il n'est pas certain que correctement averti par son contractant, il sache répercuter l'information auprès des autres professionnels concernés ; l'assimilation de données techniques n'est pas chose aisée. L'entrepreneur court ainsi le risque de voir ce profane minimiser le danger et s'abstenir d'alerter les autres

(219) – Rennes, 4^{ème} Ch., 25 Octobre 1974, préc.

participants à la construction. En outre, passer par cet intermédiaire obligé constitue une perte de temps pour tous ; l'information donnée ne peut être que fragmentaire et dans la majorité des cas, les deux professionnels seront amenés à se rencontrer pour échanger leurs observations et discuter des solutions destinées à remédier aux difficultés. Pour ces diverses raisons, le maître d'ouvrage profane ne peut être considéré comme un messenger utile et fidèle entre les différents intervenants à l'opération et il est beaucoup plus réaliste d'attribuer à ces derniers, même lorsqu'ils sont des tiers, la qualité de créanciers de l'obligation de conseil.

Est-il cependant possible d'affirmer que ce caractère leur appartient en propre ? Il est indéniable que le déséquilibre des connaissances légitimerait à lui seul l'obligation lorsque le professionnel vient à découvrir l'ignorance du tiers qui n'est pas en mesure de réaliser la portée de son engagement (220). Toutefois, ce n'est pas l'idée de fragilité du tiers qui, en règle générale, domine le débat jurisprudentiel. Dans ces conditions, il faut s'interroger sur la raison de l'obligation qui apparemment ne se justifie ni par le contrat, ni par la faiblesse du tiers. La seule idée qui puisse néanmoins rendre compte de l'obligation est bien celle de protection, mais elle joue différemment selon les situations considérées. La protection peut ainsi être conçue de façon générale ou particulière.

Obliger certaines professions et spécialement le notariat à prodiguer des conseils à des tiers, même si ceux-ci paraissent aptes à se défendre par eux-mêmes, constitue un moyen efficace d'asseoir leur autorité morale et d'affirmer leur rôle social. Le conseil, rançon d'un monopole octroyé par la loi, est conçu comme un ministère et ne doit être exclu pour personne : tiers ou client, initié ou profane, tous sont créanciers à part entière du conseil.

Mais s'agissant des participants à une opération de construction, la situation est plus complexe, l'idée de profit entrant en ligne de compte, et la protection du tiers envisagée de façon plus particulière, n'échappe pas totalement à l'influence du contrat. Il n'est même pas certain que le véritable destinataire de l'obligation soit celui qui est nommément désigné. En fait, c'est à partir du montage contractuel retenu qu'il convient d'établir certaines distinctions.

Paragraphe IV

Le débiteur du devoir de conseil.

Parce que, vu son métier, il y a d'excellentes raisons de croire que le professionnel est plus compétent, plus avisé que le simple particulier et qu'il fait partie des initiés, la

(220) – Tel est le cas de la caution.

jurisprudence le rend débiteur du devoir de conseil (221). De nombreuses décisions jurisprudentielles sont représentatives de ce courant. Par exemple, la Cour d'Appel de Paris le 12 Janvier 1966 (222) jugeait que tout rédacteur d'acte, non pas en qualité de mandataire au sens juridique précis de ce terme, mais parce qu'il est un professionnel prêtant son ministère et percevant des salaires pour faire bénéficier ses clients de ses connaissances techniques et de l'expérience qu'implique le métier qu'il exerce, avait l'obligation de donner à ses clients des conseils. S'agissant d'un agent d'affaires, la solution est d'autant plus remarquable. Quelques mois plus tard, cette même cour, réaffirmait sa position en décidant que le conseil juridique, bien que n'ayant pas la qualité d'intermédiaire et ayant été seulement un rédacteur d'acte, avait l'obligation de prodiguer ses conseils à son client qui l'avait rémunéré de ses services (223). Mais la décision était surtout intéressante par la précision qu'elle apportait quant au fondement de l'obligation. En effet, la Cour faisait reposer l'obligation du conseil juridique sur sa présentation auprès de ses clients, notamment par le papier dont il faisait ordinairement usage, comme spécialiste des baux et des actes à rédiger. En conséquence, son rôle ne pouvait se réduire à la seule fourniture d'actes matériels comme la rédaction d'un écrit ou sa publication dans les termes de la loi. De même, s'agissant d'un entrepreneur, la Cour de Cassation approuve les juges du fond d'avoir déclaré qu'en s'adressant à lui, le client était en droit d'exiger non seulement un travail de qualité, mais aussi des conseils éclairés (224) ; et c'est dans le cadre de son activité de revendeur professionnel qu'une personne est tenue d'informer son client en lui donnant toutes les indications nécessaires au fonctionnement de l'appareil vendu.

L'obligation de conseil se détache des contrats classiques qui la fondaient comme le mandat, pour dépendre de la fonction sociale qu'a choisi d'assumer un particulier au travers de sa profession. Celle-ci par sa formulation inspire au profane une confiance qui à l'origine ne dépend aucunement des qualités personnelles du professionnel. Ainsi la confiance que l'acheteur fait au vendeur « revêt un aspect systématique, lié au rôle de ce dernier défini comme une conduite répondant aux attentes du groupe social », conduite prise en compte par les professionnels eux-mêmes. Dans la présentation de son contrat de franchise, la société Christofle indique par exemple que ses pavillons doivent être tenus par « un personnel spécialisé qui sait conseiller un client ». Ce souci des professionnels de s'adapter à la demande du groupe social contribue à renforcer aux yeux des profanes leurs

(221) – Rouen, 14 Octobre 1971, Gaz. Pal. 1972. 1. Somm. 21 ; Civ. 3^{ème}, 3 Février 1981, Gaz. Pal. 1981. 2. Pan, Jur. 2.

(222) – Paris, 12 Janvier 1966, Gaz. Pal. 1966. 1. Somm. 13.

(223) – Paris, 27 Mai 1966, D. 1966. 686.

(224) – Civ. 1^{ère}, 4 Avril 1960, Bull. Civ. 1960. I. n° 193 ; Comp. Pour le constructeur de maisons individuelles ; Versailles, 3 Février 1989, D. 1989 I.R. 86.

obligations. L'acte de conseiller est devenu une fonction sociale, et la profession n'est plus seulement invitation au conseil, mais l'implique.

Cette constatation est elle-même source de difficultés juridiques importantes car toutes les activités n'obligent pas au conseil ceux qui les pratiquent, et encore faut-il que ces derniers puissent être qualifiés de professionnels. Au plan juridique, il existe donc un certain nombre de conditions à remplir pour devenir, souvent à son corps défendant, débiteur de l'obligation de conseil.

Si la détermination du débiteur du devoir de conseil peut poser des problèmes lorsqu'est étudié le devoir de conseil sans autre précision, ici, nous envisageons la question sous l'angle d'un seul débiteur : « le banquier ». Les difficultés s'aplanissent donc d'elles-mêmes. On sait que le banquier, professionnel, est tenu à un devoir de conseil envers son client, certes, cependant, quelques questions restent en suspens. La première est soulevée par la nature même de la banque. De ce fait, le client de la banque fait face à plusieurs interlocuteurs ; le guichetier, le conseiller financier, le directeur de l'agence. Dès lors, c'est la question de la détermination du « banquier-cocontractant » que nous nous poserons ici. D'autre part, c'est en tant que professionnel que le banquier est appelé à conseiller ses clients. Cependant, il reste à répondre à la question suivante : professionnel en quelle matière ? Cette question paraît évidente à première vue. Pourtant, elle n'est pas aussi simple qu'elle en a l'air.

Nous étudierons donc d'abord le banquier cocontractant (A) puis le banquier professionnel (B).

A

Le banquier débiteur du devoir de conseil : un cocontractant.

Entreprise publique, la banque Algérienne est obligatoirement une personne morale. Le contrat bancaire est passé entre la banque, personne morale et « le client ». Cependant, en réalité le contrat sera passé entre le client et le préposé de la banque. Celui-ci doit donc être habilité à passer des contrats au nom et pour le compte de l'établissement de crédit. Cependant, comment le client peut-il savoir que tel préposé est habilité et que tel autre ne l'est pas ? Il y a là un certain danger pour le client. Les auteurs affirment que la théorie de l'apparence peut alors trouver à s'appliquer (225). Selon cette théorie, lorsqu'une personne avait toutes les apparences du titulaire de certains droits, la sécurité juridique impose qu'on

(225) – Voir par exemple Rives-Langes (J.L.) et Contamine-Raynaud (M.), Droit Bancaire, Dalloz 6^{ème} Ed. 1995, n° 169.

protège les tiers qui ont traité avec elle. Dès lors, le contrat passé avec le mandataire apparent produira ses effets, à deux conditions. Il faut d'abord que le client soit de bonne foi. D'autre part, l'apparence doit être suffisante, c'est à dire que le client a pu légitimement croire que le préposé avait le pouvoir de contracter au nom et pour le compte de la banque. Si l'apparence est constatée, le contrat reste valable. Le pseudo mandant est lié par cet engagement comme s'il avait réellement contracté avec le client. Le cocontractant pourra-t-il aussi se prévaloir du manquement à l'obligation de conseil contre le pseudo-mandant ? Il ne nous semble pas qu'on puisse reprocher à celui-ci une telle faute contractuelle. Cependant, il est facile d'imaginer d'engager sa responsabilité en application de l'Article 136 du Code Civil Algérien. On pourra aussi invoquer l'Article 124 du même Code, en invoquant alors comme le proposent MM. Galvada et Stoufflet le mauvais fonctionnement de l'entreprise (226). C'est donc le préposé qui exécutera, dans la pratique, le devoir de conseil. D'où la nécessité pour les banques de former leur personnel. On peut faire une remarque à ce propos. Le devoir de conseil deviendra alors « institutionnel », participera réellement de la mission du banquier et de sa profession. Ce qui nous amène à étudier la qualité du banquier débiteur du devoir de conseil : c'est un professionnel.

B

Le banquier débiteur du devoir de conseil : un professionnel.

Comme on l'a déjà dit, le devoir de conseil trouve sa raison d'être dans le constat d'un déséquilibre entre le banquier et son cocontractant.

Ce déséquilibre oppose aussi un profane à un professionnel, la banque. Selon, une définition classique, une personne morale qui « exerce à titre de profession habituelle des opérations de banque » est une banque. Ces opérations de banque sont définies par l'Article 66 de l'Ordonnance n° 03-11 de 2003 relative à la monnaie et au crédit. Le banquier est donc un professionnel des opérations de banque. Cependant, le banquier est également tenu à un devoir de conseil en tant qu'intermédiaire et non plus seulement en tant que banquier stricto sensu. En effet, on peut relever deux situations dans lesquelles le banquier sera obligé en tant qu'intermédiaire. D'abord, en matière d'opération boursière. La banque, en tant qu'intermédiaire boursier, est tenue à une obligation de conseil depuis l'Arrêt Buon en date du 5 Novembre 1991 (227) : « L'intermédiaire en bourse est celui qui prend place dans le cheminement de l'ordre de bourse [...] ; il s'agit du réceptionnaire - transmetteur d'ordre

(226) – Galvada (C.) et Stoufflet (J.), Droit Bancaire, Litec, 4^{ème} Ed., 1999, n° 197.

(227) – Cass. Com. 5 Novembre 1991, opcit.

[...] (228). Selon Mme Piniot (229) c'est le fait que les intermédiaires bénéficient d'un monopole qui justifie qu'ils soient tenus à un devoir de conseil. C'est donc bien en tant qu'intermédiaire financier que le banquier est tenu au devoir de conseil, On peut cependant inclure cette mission dans le cadre de l'exercice de la profession de banquier. En effet, l'Article 72 de l'Ordonnance Algérienne n° 03-11 de 2003 relative à la monnaie et au crédit (230) prévoit, parmi les opérations connexes aux opérations bancaires, « les placements, les souscriptions, achats, garde et ventes de valeurs mobilières et de tout produit financier ». Ce lien de connexité implique que le banquier est aussi un professionnel de l'intermédiation boursière. Cependant, le banquier n'est sûrement pas un professionnel des assurances. Pourtant, Il est tenu en tant que souscripteur d'un contrat d'assurance-groupe adossé à un prêt de conseiller l'emprunteur. Le banquier est donc un professionnel de la banque, de la bourse, des assurances. Il peut-être également tenu de conseiller sur les aspects fiscaux des produits financiers qu'il vend. Le banquier est donc aussi juriste. Nous pourrions multiplier de tels exemples. Malgré les raccourcis que nous avons pris, les exagérations qui en résultent montrent bien une chose. Ce n'est pas l'omniscience du banquier qui est mise en relief mais la nature « générale » de ses connaissances. Le banquier est un professionnel, tenu de conseiller son client. Il n'est pas alors envisagé comme un professionnel de la banque, ni même de la finance mais un professionnel des affaires, à même de conseiller sur les principales difficultés de ces activités, en général. Cette vision du banquier professionnel est très juste pour plusieurs raisons. D'abord, cela fait pendant à ce que nous envisagions précédemment, Le professionnel des affaires est présumé connaisseur en matière bancaire. Dès lors, il est logique que le banquier soit présumé professionnel des affaires. Il ne faut pas s'en étonner dans la mesure où les banquiers, dans leur propre intérêt lucratif, ont tendance à diversifier et étendre au plus leur activités, débordant largement le cadre de leur métier traditionnel. Affichant une compétence générale, ils sont donc censés être dotés d'une compétence générale. Pour pouvoir conseiller le client, le banquier doit procéder à des investigations et sonder quels sont les objectifs de son client pour lui proposer les solutions les plus adaptées. Cela suppose de ne pas prendre en compte les seules données bancaires. Enfin, notons que puisque le banquier est considéré comme un professionnel des affaires, si ses connaissances sont lacunaires, il lui incombe de se renseigner.

(228) – Daigre (J.J.), La responsabilité civile de l'intermédiaire financier en matière d'ordre de bourse et de couverture, Banque et Droit, Les matinées de Banque et Droit, 1999.

(229) – Piniot (M.C.), Opérations de bourse : la responsabilité des intervenants, R.J.D.A, 1995, 1/95, p.3.

(230) – Article L. 311-2 du Code Monétaire et Financier.

Pour conclure, on peut dire que le banquier professionnel des affaires, est tenu à ce titre de conseiller le client. Le considérer comme professionnel des affaires, c'est augmenter l'étendue du devoir de conseil, puisque le banquier ne pourra pas arguer de son ignorance.

Si l'étendue du devoir de conseil varie en fonction des connaissances qu'on attribue au banquier et de, façon plus générale, le devoir de conseil n'acquerra une importance véritable que s'il n'est pas cantonné à quelques prestations de service. De là l'importance de la question du domaine d'application du devoir de conseil.

Sous-Section II

L'étendue du devoir de conseil quant au domaine d'application.

Le devoir de conseil du banquier est une création prétorienne. De ce fait, la question de son domaine d'application se pose avec acuité. En effet, les tribunaux, et spécialement la Cour de cassation, ne peuvent en dessiner les contours que de façon pointilliste, au gré des espèces.

Dès lors, la question de son domaine d'application provoque quelques difficultés. Elle suscite d'autant plus de difficultés que la Cour de cassation sanctionne rarement le banquier sur le terrain du devoir de conseil. Ceci est expliqué par la vision restrictive qu'elle a du créancier du devoir de conseil. Cependant, n'est-ce pas aussi qu'elle limite le domaine d'application du devoir de conseil ? Certains auteurs le croient. Cette croyance est renforcée par le fait que le devoir de conseil a des terrains d'élection : l'octroi de crédit, les opérations boursières et les assurances-groupe. Cela tend à faire croire que ce sont les seuls contrats bancaires où on puisse trouver un devoir de conseil. Pourtant, il ne nous semble pas que ce soit le cas.

Il nous faudra donc d'abord déterminer le domaine d'application du devoir de conseil du banquier (A). Une fois ce travail accompli, il sera intéressant d'en étudier les applications (B). A cet égard, on pourra d'abord voir les principales applications jurisprudentielles du devoir de conseil puis en envisager de nouvelles.

Paragraphe I

La détermination du domaine d'application du devoir de conseil.

L'importance du contentieux qui se trouve réglé grâce à la richesse et à la flexibilité de l'obligation de conseil, laisse présager l'amplitude du domaine où se meut la notion. Celle-ci

n'a cessé de se déployer dans de multiples directions au point de sembler parfois dominer le droit des obligations (231).

Cette emprise loin de s'effectuer dans l'anarchie la plus complète, comme pourrait le laisser supposer la création par strates et rebonds de l'obligation, a été développée par le juge ou le législateur en considération de deux termes qui constituent les frontières de celle-ci. Tantôt, l'obligation de conseil a pour borne la volonté des parties qui ont entendu inclure dans leur contrat une telle prestation. Tantôt, l'obligation se déploie dans un espace où la disproportion des forces en présence impose au nom de l'équité que soit rétabli entre les interlocuteurs un certain équilibre. Dans cette optique, l'obligation de conseil sert à compenser une inégalité de connaissances qui risque de déboucher sur des abus de puissance, et elle permet de protéger l'ignorant de la domination d'un sachant.

En considération de ce but, les lisières de l'obligation de conseil peuvent être repoussées à l'extrême. Dans l'absolu, il suffirait qu'une partie au contrat possède un élément de connaissance ignoré de son partenaire pour la rendre débitrice à l'égard de celui-ci d'un conseil qui comporterait la divulgation du renseignement assorti de suggestions quant à la conduite à tenir.

Le droit positif est moins excessif : il réserve l'obligation de conseil à une catégorie particulière de sachants, ceux qui interviennent dans l'exercice de leur profession et qui sont censés, sinon posséder la sagesse, du moins avoir pénétré une science et maîtriser une technique, toutes qualités qui les autorisent à émettre une opinion fondée et qui les contraignent à guider correctement, efficacement l'ignorant.

Dès lors que les frontières de l'obligation de conseil se trouvent dans ces deux termes : contrat et intervention à titre professionnel d'un initié, des interférences apparaissent inévitablement, qui confrontent le juge à la question de la hiérarchie, à établir lorsque dans une situation donnée, l'obligation de conseil relève autant d'un terme que de l'autre.

L'analyse classique, à défaut de texte légal instituant une différence de traitement entre le professionnel et le consommateur, ne peut aboutir qu'à consacrer la primauté du contrat, expression de la volonté des parties. Aussi la politique jurisprudentielle a-t-elle été pendant longtemps, et même encore de nos jours, d'essayer de faire rentrer l'obligation dans le cadre de la loi des parties, la considération de l'intervention à titre d'initié d'une personne venant en complément ou en palliatif.

Cette suprématie du contrat ne coïncide pas toujours avec l'esprit de l'obligation de conseil. Mais avant que la nécessité d'un droit de la consommation ne soit admise, les principes philosophiques inspirant le droit civil rendaient très délicat pour le juge

(231) – Perron (X.), *opcit.*, p. 205.

l'établissement d'une liaison directe entre l'obligation et la qualité de professionnel d'une personne.

Ce juge n'a pourtant pas hésité à briser le tabou et à reconnaître d'une part que la confiance qu'inspire ceux qui s'affichent publiquement comme initiés détermine l'engagement de ceux qui se ressentent comme profanes et d'autre part que cette confiance ne doit pas être trompée. Dans une société marquée par l'éclatement des connaissances et la spécialisation des tâches, le terme sociologique peut prendre le pas sur le terme juridique.

En effet, si on définit de cette façon le domaine d'application, il est évident que certaines hypothèses, qui n'ont pas fait l'objet d'un contentieux, seront exclues alors même qu'une décision postérieure viendra reconnaître l'existence d'un devoir de conseil dans une telle situation. De plus, il apparaît clairement qu'une telle définition ne pourrait être que changeante et par conséquent largement imparfaite. Enfin, il ne nous semble pas que la jurisprudence agisse de façon indéterminée. Au contraire, elle répond aux demandes suivant un critère prédéterminé.

Il doit donc nécessairement exister un principe de solution gouvernant la matière, un principe sous-jacent, non énoncé mais qui permet de fixer le domaine d'application du devoir de conseil du banquier. C'est cette règle que nous allons tenter de mettre à jour.

Quel critère permet de mesurer le champ d'application du devoir de conseil ?

On peut en imaginer plusieurs, l'essentiel étant de choisir le plus juste.

Un auteur (232) a d'abord pu relever qu'une obligation de conseil devait être exécutée par le banquier chaque fois que celui-ci était tenu à une obligation d'information légale. Si à première vue, cela peut paraître judicieux, une analyse plus poussée montre que cette solution ne peut prospérer. La reconnaissance jurisprudentielle la plus courante du devoir de conseil a eu lieu dans trois domaines, les opérations boursières, l'octroi de crédit au consommateur, les assurances-groupes. Il est vrai qu'il existe à chaque fois une obligation d'information légale. Cependant, la Jurisprudence a reconnu dans d'autres matières un devoir de conseil (233). De plus, ce serait un contresens que de restreindre ainsi le devoir de conseil. En effet, la reconnaissance jurisprudentielle du devoir de conseil a pour origine, on l'a vu, le déséquilibre patent entre le banquier et son client. Lorsque la loi impose au banquier une obligation d'information, celle-ci trouve la même justification. Ainsi, lorsque le juge découvre une obligation de conseil « malgré » l'édiction d'un devoir légal d'information, il décide que le déséquilibre existant entre le banquier et son client n'est pas comblé par

(232) – Bigot (J.), Le devoir de conseil des non-professionnels de l'assurance, R-J droit bancaire et de la bourse, Janv./Févr. 1999, n° spécial, p. 15, n° 2.

(233) – Voir par exemple, en matière de garantie à première demande ; Cass. Com. 3 Mai 2000, D. 2000, Actualité Jurisprudentielle, p. 286, obs. Fadoul (J.)

l'obligation légale. Dès lors, dans la situation contraire, l'obligation de conseil doit exister a fortiori, puisque le déséquilibre est d'autant plus grand qu'il n'y pas de devoir légal d'information. Nous devons donc rejeter le critère proposé par M. Bigot.

Un autre critère pourrait être tiré de l'existence d'un risque ou non dans le contrat. En effet, le devoir de conseil résulte d'un déséquilibre entre client et banquier. Le banquier doit conseiller son client profane pour éviter que le risque inhérent à l'opération ne se réalise à son préjudice. Dès lors, on pourrait cantonner le devoir de conseil aux seules opérations risquées, ou, plus précisément, aux opérations les plus risquées, puisque toutes les opérations bancaires présentent un risque. En effet, certaines opérations ne sont risquées que dans la mesure où elles sont un « fait de l'homme » et que le risque zéro n'existe pas. Dès lors, seules les opérations les plus risquées feraient l'objet d'un devoir de conseil, les autres non. Un auteur (234) a pu le soutenir, s'agissant des opérations boursières. Pour lui, le banquier n'est tenu à un devoir de conseil que sur les valeurs du marché à terme, car ce sont les plus dangereuses.

Cependant, cette solution ne nous paraît pas juste. En effet, comment distinguer les opérations risquées de celles qui ne le sont pas ? L'appréciation du risque est différente selon les personnes. Une opération risquée pour l'un ne le sera pas forcément pour l'autre. Il faudrait alors prendre un étalon pour définir quelles sont les opérations risquées et celles qui ne le sont pas. Un étalon juste qui ne verserait pas dans les extrêmes. Ce pourrait être le bon père de famille. Seulement, il n'est fait aucune référence à un tel raisonnement en jurisprudence. De plus, il nous semble que ce serait mélanger là deux registres différents : le premier, afférent aux parties au contrat qui permet de connaître quels sont les titulaires de l'obligation de conseil et le second qui permet de déterminer à l'occasion de quel contrat le cocontractant peut se prévaloir d'un devoir de conseil.

Il nous faut donc chercher ailleurs la clé de la détermination du champ d'application du devoir de conseil. A notre avis, il faut revenir sur son fondement. Le devoir de conseil est une obligation contractuelle, attaché à une prestation de service. C'est l'Article 107 du Code Civil Algérien qui justifie l'obligation de conseil. Il dispose, en effet, que : « Le contrat oblige non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore, à toutes les suites que la Loi, l'usage et l'équité considèrent comme une suite nécessaire de ce contrat d'après la nature de l'obligation ». Cette règle vise toutes les conventions et ne distingue pas suivant les contrats. Dès lors, il semble bien que tous les contrats bancaires, sans distinction, sont susceptibles de générer une obligation de conseil. Cela est confirmé par la jurisprudence relative au

(234) – Obs. Fadoul (J.), sous-arrêt Cass. Com. 3 Mai 2000, D. 2000, actualité jurisprudentielle, p. 286.

devoir de conseil. On remarque en effet que toutes les opérations effectuées par le banquier sont concernées. Ainsi, les opérations bancaires, telles que définies à l'Article 66 de l'Ordonnance n° 03-11 relative à la monnaie et au crédit, emportent un devoir de conseil à la charge de la banque. Par exemple, en effet, la Cour fait supporter aux banquiers, dans l'octroi de crédit, un devoir de conseil. C'est la même chose en ce qui concerne les opérations annexes (opérations boursières, par exemple) et les opérations non bancaires (en matière de bancassurance par exemple). De plus, un arrêt de la Cour de cassation en date du 5 Février 1991 (235) vient expressément reconnaître que le devoir de conseil existe alors même que l'opération en cause n'est ni anormale ni exceptionnelle. Elle admet ainsi implicitement que le devoir de conseil a une portée générale. Une difficulté paraît surgir cependant en ce qui concerne les contrats de conseil conclus entre la banque et son client. Par exemple, les contrats de conseil en gestion du patrimoine ou en gestion financière. Si le contrat a pour objet d'imposer au banquier une obligation de conseil, alors on voit mal comment il pourrait exister une obligation de conseil accessoire. Cependant, le devoir de conseil pourra quand même trouver sa place. En effet, l'obligation de conseil principale va résulter de la volonté des cocontractants alors même que l'obligation de conseil accessoire résulte de l'équité comme nous l'indique l'Article 107 du Code Civil Algérien. Ainsi, n'ayant pas le même fondement, les deux obligations peuvent coexister. On peut faire à ce sujet un parallélisme avec l'obligation de reclassement telle qu'elle existe en droit du travail. La chambre sociale de la Cour de Cassation a, sur le fondement de l'Article 1135 du Code Civil Français correspondant à l'Article 107 du Code Civil Algérien, admis qu'il existe à la charge de l'employeur une obligation de reclassement, Dans le même temps, la loi a mis à la charge de l'employeur, par le biais du plan social, une obligation de reclassement. Pourtant la Cour de cassation décide que l'employeur n'a pas exécuté son obligation de reclassement contractuelle lorsqu'il a mis, sur pied un plan social car ces deux obligations n'ont pas le même fondement. Le raisonnement en ce qui nous concerne est exactement le même. Certes, le devoir de conseil du banquier sera extrêmement réduit dans le cadre d'un contrat de conseil. Néanmoins, il subsistera à toutes fins utiles. Ainsi, par exemple, en matière de conseil en gestion financière, il existe plusieurs types de contrats. Le devoir de conseil peut alors consister à aiguiller le client vers tel ou tel type.

Dès lors, on va conclure que le domaine d'application du devoir de conseil est aussi vaste que l'activité bancaire elle-même. Il ne faut pas s'en étonner dans la mesure où les banquiers ont tendance à diversifier leurs activités. Dès lors, infliger un cadre au devoir de conseil, ce serait renoncer à protéger les futurs clients des nouvelles opérations proposées,

ce qui n'est évidemment pas dans la logique même du devoir de conseil. Maintenant que nous avons étudié le principe de solution qui gouverne le domaine d'application du devoir de conseil, il nous faut étudier la mise en oeuvre de ce principe en étudiant les applications du devoir de conseil.

Paragraphe II

Les applications du devoir de conseil du banquier.

Puisque le devoir de conseil est aussi large que l'activité du banquier et que le nombre de contrats qu'il est appelé à contracter, il est difficile de dresser une liste exhaustive de ses applications. C'est pourquoi nous verrons les principales applications jurisprudentielles du devoir de conseil (I). Ensuite, nous pourrions en étudier les applications envisageables (II) dans des domaines qui n'ont pas encore fait l'objet d'une décision judiciaire, et qui pourtant méritent largement que nous nous y attardions.

I

Les applications majeures du devoir de conseil.

Pour plus de clarté dans l'étude, il nous paraît bon de distinguer entre les opérations bancaires (A) et les autres opérations, c'est à dire les opérations connexes et les opérations non bancaires (B).

A

Le devoir de conseil lors des opérations bancaires.

C'est l'Article 66 de l'Ordonnance n° 03-11 de 2003 relative à la monnaie (236) et au crédit qui définit les opérations de banque. Elles comprennent : la réception des fonds du public, les opérations de crédit, ainsi que la mise à disposition de la clientèle ou la gestion de moyens de paiement. On trouve ainsi parmi les opérations de banque, un des terrains d'élection du devoir de conseil du banquier : l'octroi de crédit. Un arrêt en date du 8 Juin 1994 (237), est venu pour la première fois, insinuer l'idée selon laquelle le banquier devait prévenir son client si le crédit est trop coûteux compte tenu de ses moyens, en résumé si le

(236) – Nouvel Article 311-1 du Code monétaire et financier.

(237) – Cass. Civ. le 8 Juin 1994, Bull. Civ. I, n°206 ; J.c.p. Ed. E., 1995. II. 652, note Legeais (D.) ; R.D. Bancaire et Bourse, 1994, n° 44, p. 173, obs. Crédot (F.) et Gérard (Y.)

client va à sa perte en s'engageant dans le crédit. Cependant, dans cette affaire, la faute du banquier ne résulte pas d'un manquement au devoir de conseil mais de sa légèreté blâmable. Cet arrêt est pourtant précurseur de la position future de la Cour de cassation dans la mesure où la légèreté blâmable qui est sanctionnée est en fait un devoir de conseil. En effet, la Haute juridiction reproche au banquier en l'espèce d'avoir « amené M. Blanchard à contracter un emprunt dont la charge annuelle était supérieure au revenu que lui procurait l'exploitation » et donc de ne pas l'avoir dissuadé.

C'est ensuite dans un Arrêt en date du 27 juin 1995 (238) que la Cour reconnaît un devoir de conseil dans l'octroi de crédit. Depuis, cette position de principe n'a cessé d'être réaffirmée, par exemple dans un arrêt en date du 4 juillet 1995 (239). Certes, les reconnaissances sont rares. Cependant, elles n'ont trait qu'à l'appréciation de la qualité de profane du créancier du devoir de conseil et non pas à la remise en cause du devoir de conseil. Il faut procéder à plusieurs remarques en ce qui concerne le devoir de conseil en matière d'octroi de crédit.

On a pu croire à un certain moment, que ces décisions, rendues par la première chambre civile, ne reflétaient que la jurisprudence de cette chambre et non pas celle de la Cour de cassation. On a pu souligner, à cet égard, les décisions de la chambre commerciale qui refusait de sanctionner le banquier lorsqu'il avait omis de prévenir le client des risques encourus par l'opération de crédit. Ainsi on a pu citer un arrêt en date du 27 Janvier 1998 (240), un autre en date 21 Octobre 1997 (241), ou encore un autre en date du 18 Février 1997 (242). Cependant, une telle analyse, est selon nous, en contradiction avec la jurisprudence. En effet, nous avons déjà étudié ces arrêts tout à l'heure. On peut tirer de ces arrêts, en les analysant consciencieusement, un enseignement contraire : il faut d'abord noter que le devoir de conseil n'a pas été, dans chacune de ces espèces, une cause d'irrecevabilité de la demande. De plus, la Cour prend la peine, avant de rejeter la demande, d'étudier en l'espèce si le créancier était un profane ou non. On peut conclure de ces deux observations que le devoir de conseil n'est pas reconnu uniquement par la première chambre civile : il n'y a pas d'opposition entre les deux chambres. Une dernière remarque, concernant le devoir de conseil en matière d'octroi de crédit : ce sont les rapports qu'il entretient avec l'octroi abusif de crédit. L'octroi abusif de crédit est sanctionné par la Cour de

(238) – Cass. Civ. 1^{ère}, 27 Juin 1995, Bull. Civ., I, n° 287 ; J.c.p. Ed. E., II, 652, note Legeais (D.) ; R.T.D.Civ. 1996, p. 385, obs. Mestre (J.) ; Rep. Defrénois, 1995, Art. 36210, note Mazeaud (D.) et 1996, Art. 36352, note Scholastique (E.) ; D. 1995, 621, note Piedelièvre (S.).

(239) – Cass. Civ. 1^{ère}, 4 Juillet 1995, Revue droit bancaire et de la bourse, 1996, p. 52.

(240) – Cass. Com., 27 Janvier 1998, R.J.D.A., 5/98, n° 638.

(241) – Cass. Com., 21 Octobre 1997, R.J.D.A., 2/98, n° 203.

(242) – Cass. Com., 18 Février 1997, Bull. Civ., IV, n° 52, R.J.D.A., 6/97 n°206.

cassation lorsque le banquier a consenti des crédits excessifs à son client eu égard à sa surface financière. Un crédit est excessif dès lors que le montant du crédit n'est pas proportionné aux facultés de remboursement de l'emprunteur. Il en est ainsi par exemple lorsque le crédit va permettre la survie artificielle d'une entreprise, lorsqu'en fait, le banquier fait croire aux autres créanciers ou à la caution à la solvabilité de l'emprunteur, alors qu'il n'en ait rien. C'est de façon résumée la position générale en matière de soutien abusif de crédit. Les créanciers et la caution pourront mettre en cause la responsabilité de la banque.

Ce qui est reproché à la banque ici c'est d'avoir accordé un crédit disproportionné. C'est la même chose en matière de devoir de conseil. Seulement ici c'est l'emprunteur et non pas la caution ou les autres créanciers qui recherchent la responsabilité de la banque. De plus, on peut ajouter que le banquier, en ne conseillant pas son client, lui a fait croire à sa bonne santé financière, l'a induit en erreur sur sa propre solvabilité. C'est donc en substance la même faute qui est reprochée au banquier dans les deux cas. Le devoir de conseil en matière d'octroi de crédit est donc le frère Jumeau du soutien abusif de crédit, le miroir de cette solution Jurisprudentielle. Ce qui nous fait croire d'autant plus à la reconnaissance par toutes les chambres de la Cour de cassation et non pas la seule première chambre civile.

La différence entre la chambre commerciale de la Cour de cassation et la chambre civile ne s'explique pas par une méconnaissance de la chambre financière du devoir de conseil mais pour les espèces qui lui sont soumises. Cette chambre traite principalement des affaires entre professionnels, il est donc logique qu'elle sanctionne moins le devoir de conseil. Cette analyse est d'ailleurs cautionnée par Mme Piniot dans ses conclusions relatives aux arrêts du 11 Mai 1999 (243).

Le devoir de conseil en matière d'octroi de crédit n'est donc pas un mirage mais est voué à une belle existence. Le banquier doit conseiller son client profane en matière d'octroi de crédit et ce quelle que soit l'opération de crédit envisagée. Ainsi, ce n'est pas seulement le crédit à la consommation qui est ici visé mais aussi toutes les opérations de crédit, puisque le devoir de conseil est général. Ainsi, il y a, par exemple, des décisions qui reconnaissent un devoir de conseil en matière de découvert en compte courant (244).

L'octroi de crédit est une opération de banque parmi les autres. Le devoir de conseil trouve également sa place dans ces dernières.

Ainsi, par exemple, le devoir de conseil de la banque existe dans les opérations relatives aux moyens de paiement. Ainsi, par exemple, en matière de chèque. La Cour de

(243) – Piniot (M.C.), Conclusions relatives aux Arrêts du 11 Mai 1999, R.J.D.A., 1999, p. 499.

(244) – Cass. Com. 19 Octobre 1999, Revue droit bancaire et financier 2000, n° 102, p. 163.

cassation a reconnu un devoir de conseil du banquier dans un arrêt en date du 7 mars 1995 (245).

Dans cette affaire, une cliente avait déposé des chèques en vue de leur encaissement sur un établissement italien. L'établissement tiré les a retournés car il manquait des indications imposées par la loi italienne. Le Crédit du Nord les a contre-passés. La cliente invoque l'obligation de conseil de la banque pour engager sa responsabilité. La Cour de cassation rejette la demande de la cliente aux motifs qu'elle n'avait pas invoqué cette prétention devant la Cour d'Appel et en déduit que la Cour d'appel n'avait pas à rechercher si « le Crédit du Nord n'avait pas omis d'inviter sa cliente » à compléter les effets. Elle admet cependant que la responsabilité de la banque aurait pu être admise, sur ce point et donc reconnaît l'existence d'un devoir de conseil en l'espèce. D'autre part, la Cour d'appel de Toulouse (246) a admis la responsabilité de la banque pour n'avoir pas conseillé une société cliente alors que de nombreux chèques de faibles montants étaient tirés à l'ordre du comptable de cette société.

On trouve également des décisions en matière de cartes de paiement, de lettres de change.

Ainsi, par exemple, en matière de cartes de paiement, la Cour d'appel de Paris a retenu la responsabilité d'une banque pour manquement à une obligation de conseil dans un jugement en date du 12 Octobre 1994 (247). Dans cette affaire, un commerçant avait commis des erreurs en manipulant son terminal de carte bleue. L'établissement de crédit émetteur est condamné pour n'avoir pas conseillé le fournisseur sur l'utilisation correcte du matériel.

De même, en matière de compte, la responsabilité de l'établissement de crédit pourra être recherchée sur le terrain du devoir de conseil et ce à plusieurs titres. Ainsi, la Cour d'Appel de Paris (248) a condamné une banque lors de la fusion du compte débiteur d'une société avec les comptes à rubrique ouverts par celle-ci pour gérer les créances françaises de ses clients étrangers. On trouve également plusieurs arrêts à propos des procurations données par le titulaire du compte. Les faits sont souvent identiques. Le titulaire d'un compte en position créditrice donne procuration à une personne de son entourage. Le bénéficiaire de la procuration crée un découvert. La banque aurait-elle dû conseiller à son client de retirer sa procuration ? Il nous semble que cette obligation peut facilement être rattachée à la convention de compte qui existe entre la banque et son client. L'intérêt du client nécessite à

(245) – Cass. Com., 1 Mars 1995, pourvoi n° 93-12120,

(246) – Toulouse, 19 Mai 1994. Juris-data n° 046114.

(247) – T. Com., Paris, 12 Octobre 1994, Juris-data n° 049235.

(248) – Paris, 25 Septembre 1990, Juris-data n° 023840.

l'évidence ici le conseil du banquier. Plusieurs décisions de Cours d'appel vont en ce sens. On peut par exemple relever un arrêt de la Cour d'appel d'Amiens en date du 21 Mai 1996 (249).

Dans cette affaire, il s'agissait d'un jeune étudiant qui avait donné procuration à ses parents. La Cour d'Appel d'Amiens condamne la banque pour n'avoir pas conseillé à l'étudiant de retirer sa procuration. De même, un arrêt de la Cour d'Appel de Montpellier en date du 9 Septembre 1998 condamne la banque pour les mêmes raisons dans une espèce où une procuration avait été donnée par le titulaire du compte à sa belle sœur.

1

La reconnaissance expresse d'un devoir de conseil des établissements de crédit à l'égard des emprunteurs.

Dans la présentation classique des devoirs du banquier dispensateur de crédit, une véritable obligation de conseil n'a pas sa place.

L'établissement de crédit n'a pas à se faire juge de l'opportunité des crédits qu'il consent. Il incombe en effet au client d'apprécier les risques qu'il prend en empruntant. Certes, dans le cadre de son devoir de vigilance et de discernement le banquier doit bien s'assurer que le crédit est justifié. Cependant, dans la conception traditionnelle des devoirs du banquier cette obligation comprise dans son intérêt est limitée par le devoir de non immixtion. Pour cette raison, l'octroi d'un droit d'agir en responsabilité à l'emprunteur lui-même est difficile à admettre. Elle n'est concevable qu'en cas de comportement totalement irrationnel ou frauduleux du client (250). Il semble par ailleurs anormal que l'emprunteur impute au banquier ses propres erreurs (251).

La consécration d'un devoir de conseil n'est donc rendue possible que par un affaiblissement de ces principes traditionnels.

C'est à partir de 1994 que la Cour de cassation a clairement admis la possibilité pour un emprunteur de reprocher à sa banque de lui avoir accordé un crédit (252). La Chambre

(249) – Amiens, 21 Mai 1996, Juris-data n° 049433.

(250) – C. Gavalda et J. Stoufflet, *Dr. Bancaire*, 3^{ème} Ed., Litec, 1997, n° 188.

(251) – J. Stoufflet, *La responsabilité du banquier dispensateur de crédit – Journées Capitant, Economica*, 1986, p. 154.

(252) – Cass. Civ. I, 8 Juin 1994, J.c.p. 1995, Ed. E, II, 652, note D. Legeais; Cass. Civ. 1, 27 Juin 1995, J.c.p. E, 1996, II, 772, note D. Legeais ; R.T.D. Civ., 1996, 385, obs. J. Mestre ; Cass. Civ. I, 5 Juillet 1995, R.D. Bancaire et Bourse, 1996, 52, obs. F. Crédot et Y. Gérard ; C.A. Dijon, 18 Septembre 1997, PA, 21 Janvier 1998, p. 28, obs D. R. Martin ; Dr. Affaires, 1998, p. 1086. Avant ces arrêts il y avait des décisions qui laissaient présager les solutions actuelles. V. Cass. Civ. I, 7 Novembre 1979, D. 1980, Somm. 214, obs, M. Vasseur.

commerciale avait semblé résister à cette évolution (253). Dans ses derniers arrêts, elle se montre cependant plus favorable à l'exigence de protection de certains dirigeants.

Des actions engagées par des emprunteurs sur le fondement d'un manquement au devoir de conseil ne peuvent cependant être admises sans réserves. La responsabilité de l'établissement de crédit ne peut en effet être retenue que dans un minimum de cas si l'on veut que des crédits continuent à être consentis à de jeunes entreprises. Un juste équilibre doit donc être trouvé entre la nécessaire protection de certains emprunteurs et la préservation de l'activité bancaire. Un banquier ne doit pas être confondu avec un assureur par l'emprunteur.

La conciliation des intérêts en présence passe par l'énoncé de solutions nuancées intégrant de nombreux paramètres : l'âge, la compétence et la qualité de l'emprunteur, la surface financière de ce dernier, la présence de conseils, l'importance des concours sollicités, les diligences de l'établissement de crédit, la spécialité de ce dernier.

C'est en les combinant que la jurisprudence fixe le contenu de l'obligation de conseil et ses bénéficiaires.

a

Contenu de l'obligation de conseil.

La jurisprudence a progressivement fixé le contenu de l'obligation de conseil du banquier.

Se plaçant du point de vue de son client (254), le banquier doit apprécier si le crédit qui lui est demandé est opportun au regard des perspectives financières de celui qui le sollicite. Pour cela, il doit nécessairement se renseigner complètement et objectivement sur la situation actuelle et l'avenir prévisible du postulant au prêt. Si les conclusions de l'analyse du dossier apparaissent négatives, l'exécution du devoir de conseil doit se traduire par un refus du prêt sollicité.

Le respect du devoir de conseil impose donc en réalité à son débiteur l'exécution de deux obligations, l'une positive, l'autre négative, l'obligation de se renseigner et l'obligation éventuelle de refuser le prêt demandé.

(253) – Cass. Corn., 16 Janvier 1996, Quot. Jur., 21 Mars 1996 ; Cass. Corn., 18 Février 1997, Quot. Jur, 1997, n° 22, p. 3, « S'agissant du financement de la réalisation d'un lotissement, c'est à bon droit qu'une cour d'appel a exclu la faute du banquier dispensateur de crédit en retenant qu'il n'était pas débiteur d'une obligation de conseil au profit de l'emprunteur, qui avait eu recours à deux professionnels de l'immobilier pour préparer l'opération».

(254) – Pour le condamner, des décisions relèvent ainsi que l'établissement de crédit s'est d'abord attaché à la sauvegarde de ses intérêts. V. CA Paris, Ch. 15, sect. B, 30 Mai 1997, Juris-Data, n° 021367.

b**L'obligation de se renseigner de l'établissement de crédit.**

Dans le cadre de l'exécution de son devoir de discernement, le banquier a toujours été tenu d'une obligation de se renseigner. Cependant, dans la conception traditionnelle des devoirs du banquier cette obligation était comprise essentiellement dans son intérêt. Il s'agissait en outre d'un contrôle minimum des capacités de remboursement de l'emprunteur et du sérieux du dossier. Aujourd'hui, le banquier doit se renseigner pour pouvoir utilement conseiller l'emprunteur. Son obligation de se renseigner est pour cette raison renforcée (255).

Il doit être en mesure de juger par lui-même et objectivement si le prêt sollicité est justifié compte tenu des ressources de l'emprunteur ou des perspectives de rentabilité de l'entreprise (256). L'établissement de crédit doit ainsi vérifier l'absence de disproportion entre le montant du prêt et les revenus de l'emprunteur. Le fait que l'emprunteur fournisse des garanties ne saurait en aucun cas dispenser l'établissement de crédit de son obligation de renseignement (257). Très logiquement, par voie de conséquence, le devoir de non-immixtion des établissements de crédit est en recul.

Une jurisprudence abondante permet de cerner les contours de cette obligation de se renseigner.

Le banquier ne peut se contenter des informations transmises par son client. Il doit recueillir l'avis des professionnels qu'il s'agisse de professionnels de la comptabilité ou de professionnels de l'activité financée (258). Il ne doit pas hésiter à solliciter des informations complémentaires.

La banque doit vérifier que les documents qui lui sont communiqués ne comportent pas d'erreurs grossières.

L'obligation de se renseigner est renforcée dans certains cas. Elle l'est tout d'abord en présence de néophytes, qu'il soient ou non dirigeants.

Elle l'est ensuite pour des nouveaux clients.

(255) - J. Attard, « Le prêt d'argent - contrat unilatéral ou contrat synallagmatique », thèse Aix Marseille, Janvier 1998.

(256) – C.A. Paris, Ch. 15, sect. A, 25 Février 1997, « Le banquier professionnel des opérations de crédit a l'obligation de vérifier que l'emprunteur a des chances raisonnables de faire face à ses engagements, ce qui suppose un minimum de revenus ou de trésorerie ».

(257) – C.A. Paris, 25 Février 1997, opcit.

(258) – C.A. Poitiers, 29 Octobre 1996, Juris-Data, n° 056372, « La faute de la banque est certaine et sa responsabilité engagée lorsqu'elle s'en tient pour consentir un crédit, à un bilan financier présenté par l'emprunteur, dont le fallacieux équilibre ne procède que d'un silence complaisant sur une réalité connue ou d'une négligence caractérisée des moyens de le connaître ».

Elle l'est enfin pour des crédits importants. Cependant, dans un tel cas, le volume des crédits doit être apprécié au regard de l'activité en cause.

Il est important que l'établissement de crédit soit en mesure de rapporter la preuve de l'accomplissement de ce devoir de se renseigner. Si le prêt est accordé, le banquier doit en effet être en mesure de démontrer qu'au jour de son octroi les chances de remboursement paraissent sérieuses (259). Si les études sont négatives, la meilleure preuve de l'exécution de ce devoir sera souvent le refus du prêt demandé.

C

L'obligation pour l'établissement de crédit de refuser le prêt demandé.

La portée exacte du devoir de conseil doit être précisée. En effet, son exécution suscite une question délicate. L'établissement de crédit peut-il se contenter de déconseiller un prêt qu'il juge inopportun compte tenu des perspectives de remboursement ou plus radicalement doit-il refuser le prêt sollicité ?

Si l'établissement de crédit n'était tenu qu'à une obligation de mise en garde, la première solution s'imposerait.

Mais, s'agissant d'un devoir de conseil, il n'est pas certain que l'établissement de crédit puisse se contenter de l'envoi d'une lettre déconseillant le prêt. D'une part, le devoir de conseil perd alors une grande part de son efficacité. D'autre part, la lettre peut être interprétée comme une reconnaissance de responsabilité. Il semble dès lors plus judicieux de considérer qu'en exécution de son devoir de conseil, l'établissement de crédit doit refuser le prêt qui lui paraît non justifié.

Dés lors que l'analyse objective du dossier est négative, le banquier doit donc refuser le prêt (260). Telle est la sanction normale de l'exécution de l'obligation de conseil (261). La fourniture de garanties n'est pas de nature à modifier cette solution.

L'avènement d'une telle obligation de ne pas faire n'est pas sans susciter des difficultés. En effet, comment concilier cette obligation avec le principe selon lequel le banquier n'a pas à se faire juge de l'opportunité des crédits consentis ?

Plusieurs remarques permettent d'affirmer qu'une conciliation est possible.

(259) – C.A. Amiens, 29 Avril 1997, Juris-Data, n° 043871 Il appartient au débiteur de démontrer que les prévisions du plan de développement étaient irréalistes au regard de la rentabilité espérée.

(260) – C.A. Orléans, 9 Avril 1997, Juris-Data, n° 043517. Le banquier manque à son devoir de conseil qui lui incombe en sa qualité de professionnel en accordant un second crédit à un emprunteur. La charge mensuelle de remboursement atteint 15000 francs pour des revenus de 17000 francs.

(261) – Ph. Le Tourneau, « Les professionnels ont-ils du cœur ? », D., 1980, p. 21. F. Crédot, obs. R.D. Bancaire et Bourse, 1991, p. 99.

En premier lieu, le banquier reste dans son domaine de compétence. Il doit conseiller son client à la lecture des documents comptables et prévisionnels fournis. Il lui est demandé de déterminer si le prêt a une chance d'être remboursé compte tenu du montant des échéances et des revenus existants ou espérés. Le devoir de conseil porte donc exclusivement sur la capacité d'endettement de l'emprunteur potentiel (262). Il ne porte pas sur l'opération que le prêt a pour but de financer (263). Ce sont donc bien l'emprunteur et les conseils qu'il a chargés de l'étude et de la préparation du dossier qui gardent la maîtrise de l'opération et qui sont seuls juges de son opportunité technique (264). Le banquier ne supporte pas non plus tous les aléas de l'entreprise commerciale tels la perte de marchés et la chute de cours (265). Une solution différente ne peut être retenue que si le banquier assure une fonction et se fait rémunérer à cette fin. L'appréciation de l'opportunité du prêt par le banquier se limite donc aux seuls éléments financiers de l'opération.

En réalité, très souvent des solutions de compromis sont trouvées. Les juridictions considèrent en effet dans la majorité des cas, que la faute de la banque n'a concouru que partiellement au dommage causé à l'emprunteur. Le risque de l'opération demeure donc souvent à sa charge pour une part importante.

Une seconde constatation s'impose à la lecture des décisions. Le devoir de conseil est à contenu variable. Il diminue lorsque l'emprunteur a les connaissances et les compétences nécessaires pour apprécier lui-même le bien fondé du crédit sollicité.

d

Les bénéficiaires de l'obligation de conseil.

L'obligation de conseil ainsi définie est lourde. Aussi convient-il de se demander si elle ne doit pas être réservée à certains bénéficiaires.

L'admission de l'obligation de conseil à l'égard des emprunteurs consommateurs ne fait plus guère de difficultés depuis qu'elle a été clairement consacrée par la Cour de cassation

(262) – C.A. Paris, Ch. 2, sect. B, 15 Février 1997, Juris-Data, n° 021945. Le banquier qui finance un projet immobilier doit simplement vérifier la solvabilité des clients et leur capacité d'endettement. Il ne lui appartient pas d'apprécier l'opportunité de l'opération financée.

(263) – Cass. Com., 18 Novembre 1997, R.D. Bancaire et Bourse, n° 65, obs. E Crédot et Y Gérard. En l'espèce la banque n'avait pas à se faire juge des conséquences fiscales pour le bénéficiaire d'une opération de rénovation.

(264) – Les établissements de crédits ne peuvent être tenus responsables de l'échec de promotions immobilières dès lors qu'ils ont vérifié les capacités financières de leur client promoteur; C.A. Paris, Ch. 2, sect. B, 15 Mai 1997, Juris-Data, n° 021945 ; CA Paris, Ch. 1, 12 Décembre 1997, juris-Data, n° 23110.

(265) – C.A. Paris, Ch. 15, sect. A, 12 Novembre 1997, Juris-Data, n° 023302. N'est pas fautif le banquier qui n'a pu prévoir la chute du marché horticole.

dans deux arrêts de principe (266).

La reconnaissance d'une obligation de conseil au bénéfice d'emprunteurs dirigeants est plus difficile à admettre. Le dirigeant dispose en effet de toutes les informations nécessaires. Il est plus compétent que la banque pour les analyser. Il prend donc ses risques en connaissance de cause. Une jurisprudence classique retenait ainsi qu'une banque n'a pas à s'immiscer dans les affaires de son client et à se substituer à lui (267).

Des décisions récentes montrent que cette limite n'est pourtant plus retenue. Des dirigeants peuvent se prévaloir d'un manquement de la banque à son devoir de conseil dès lors qu'elle a accordé un prêt alors que les perspectives de remboursement étaient négatives. Le plus souvent, l'établissement de crédit est condamné car il est établi que la charge annuelle du remboursement du prêt est incompatible avec les revenus déclarés ou prévisibles de l'emprunteur ou de son entreprise (268).

Cependant, seuls les dirigeants néophytes ou incompetents peuvent se prévaloir de cette jurisprudence car eux seuls n'ont pas les informations ou connaissances nécessaires pour apprécier le bien fondé du crédit demandé. L'établissement de crédit est alors mieux à même qu'eux d'apprécier le dossier de financement.

Le dirigeant qui se prévaut ainsi d'un manquement au devoir de conseil doit rapporter la preuve que l'établissement de crédit ne pouvait ignorer son absence d'expérience, voir son incompetence. D'autres paramètres peuvent être pris en considération tels l'âge du dirigeant, l'importance des crédits sollicités.

La banque ne peut s'exonérer en démontrant qu'elle n'est pas à l'origine de l'étude établie à l'appui de la demande de prêt. Elle doit en effet être en mesure d'en apprécier les conclusions. Cependant l'établissement de crédit dispose d'un recours contre l'auteur de l'étude si celle-ci n'est pas sérieuse et si les prévisions ne sont pas confirmées dans des proportions importantes.

(266) – Cass. Civ. I, 27 Juin 1995, D. 1995, 621, note S. Piédelièvre ; J.c.p. 1996, Ed. E, 775, note D. Legeais; Defrénois, 1995, p. 1416, note D. Mazeaud. E. Scholastique, opcit ; Cass. Civ. I, 4 Juillet 1995, R.D. Bancaire et Bourse, 1996, n° 54, p. 52.

(267) - Cass. Com. 27 Avril 1982, D. 1983, 413, obs. M. Vasseur.

(268) – Cass. Civ. I, 8 Juin 1994, J.c.p. 1995, Ed. E, II, 652, note D. Legeais; RD Bancaire et Bourse, 1994, n° 44, p. 173, obs. F. Crédot et Y. Gérard; Cass. Com. 23 Juin 1998. L'arrêt approuve l'annulation d'un cautionnement pour dol commis à l'encontre d'un dirigeant. Mais compte tenu de la motivation il aurait été concevable de condamner la banque sur le fondement d'un manquement à son devoir de conseil dans l'octroi du prêt à l'entreprise. Le demandeur à la cassation avait d'ailleurs contesté l'existence d'un tel devoir de conseil ; CA Versailles, Ch. 12, 17 Septembre 1998, Dalloz Affaires, 1998, p. 2013. La banque a manqué à son devoir de conseil et de mise en garde puisqu'elle ne rapporte pas la preuve qu'elle a mis en garde un dirigeant social, tant en sa qualité de dirigeant que de celle de future caution, sur la disproportion de l'endettement déjà accumulé et du défaut de rentabilité évident des nouveaux prêts, découlant de la situation de la Sarl emprunteuse à l'époque de l'octroi des crédits.

Lorsque les conditions d'octroi du crédit sont normales, que l'opération financée n'a rien d'exceptionnel et que son inexpérience n'est pas manifeste, le dirigeant n'a guère de chances de voir reconnaître une responsabilité de la banque pour manquement à son devoir de conseil. La Cour de cassation n'entend pas dissuader les établissements de crédit de favoriser les initiatives professionnelles des jeunes créateurs d'entreprises (269).

Des principes d'appréciation similaires sont aujourd'hui retenus lorsque c'est la caution qui se prévaut d'un manquement au devoir de conseil. Cette évolution est cohérente dans la mesure où le dirigeant de l'entreprise qui emprunte est souvent en même temps la caution de cette dernière. A l'égard des cautions, l'affirmation jurisprudentielle d'une obligation de conseil mise à la charge des établissements de crédit n'est cependant qu'implicite.

2

La reconnaissance implicite d'une obligation de conseil des établissements de crédit à l'égard des cautions.

En apparence, il n'existe aucune obligation de conseil d'un banquier à l'égard de la caution. Un tel devoir peut même apparaître comme étant directement contraire aux principes fondamentaux gouvernant cette garantie. Le cautionnement est en effet un contrat unilatéral ne faisant naître d'engagement qu'à la charge de la caution. Il incombe donc à cette dernière de s'informer. Cependant ces principes n'ont pas empêché la mise à la charge des créanciers de différentes obligations d'informations. Il faut se demander, au vu d'une jurisprudence récente de la Cour de cassation (270) si un degré nouveau n'est pas en passe d'être franchi.

La caution, sur le fondement du caractère accessoire de son engagement peut assurément se prévaloir du manquement du banquier à son devoir de conseil à l'égard de l'emprunteur. Elle peut reprocher à ce dernier d'avoir consenti un crédit injustifié. Aujourd'hui cette recherche de responsabilité constitue même l'un des moyens de défense favori des cautions (271).

Mais la caution peut semble-t-il également prétendre bénéficier pour elle-même d'une obligation de conseil.

Jusqu'à ces dernières années, il était inconcevable de reconnaître un tel devoir du banquier à l'égard de la caution. Des arrêts rendus par la Cour de cassation montraient au

(269) – Cass. Com., 18 Juin 1996, Quot. Jur, 6 Août 1996, p. 7, note J.p.d. et J.c.p 1996, Ed. E, II, note D, Legeais.

(270) – Cass. Com. 23 Juin 1998, J.c.p. 1998, Ed. E, p. 1831, note D. Legeais.

(271) – C.A. Pau, 4 Décembre 1997, Juris-Data, n° 055700.

contraire les limites de l'étendue de l'obligation d'information du banquier. Ainsi la Cour de cassation avait-elle énoncé que le créancier n'avait pas à informer la caution du caractère insolite de son engagement (272). Dans ses observations, L. Aynès pouvait ainsi souligner que la Cour de cassation se refusait à admettre que le créancier ait un devoir de conseil envers la caution.

Pourtant à la lecture des décisions récentes de la Cour de cassation, il faut se demander si, après s'être vu imposer une obligation d'information, le créancier n'est pas en passe de se voir imposer un devoir de conseil. Des décisions ne s'expliquent en effet que par la reconnaissance au moins implicite d'un tel devoir (a) qui paraît bénéficier à l'ensemble des cautions (b).

a

La reconnaissance d'un devoir de conseil au bénéfice des cautions.

Le devoir de conseil n'existe véritablement que si celui qui dispose d'informations ou de connaissances doit les mettre au service de son cocontractant pour l'inciter à agir au mieux de ses intérêts. L'exécution d'un tel devoir peut se traduire, dans certaines circonstances par un refus de contracter. L'examen de la jurisprudence montre bien que, sans l'affirmer expressément, les juges imposent aux établissements de crédit une obligation qui présente bien les caractères essentiels de l'obligation de conseil. Il apparaît ainsi que le banquier doit s'abstenir de solliciter un cautionnement dans deux hypothèses.

La banque est en premier lieu fautive lorsque le prêt garanti par la caution a peu de chances d'être remboursé. Dans un tel cas, la faute de la banque s'analyse le plus souvent en un dol mais une condamnation pour manquement au devoir de conseil est également concevable (273). Il en sera ainsi si le créancier engage les cautions au-delà du risque inhérent à l'opération financée (274). Des décisions annulent même des cautionnements pour dol en relevant le manquement au devoir de conseil (275).

(272) – Cass. Civ., 13 Février 1996, D. 1996, somm. 265, obs. L. Aynès ; Droit et Patrimoine, 1996, 76, Obs. B. Saint-Alary.

(273) – C.A Paris, Ch. 15, sect. B, 30 Mai 1997, Juris-Data, n° 021367. La banque a manqué à son devoir de conseil à l'égard d'une gérante d'un commerce de restauration et de son mari dépourvus de compétences administratives. Il y a implication légère du banquier créancier dans la situation dommageable subie par les cautions.

(274) – C.A. Toulouse, 10 Avril 1997, Juris-Data, n° 045111.

(275) – C.A. Remis, 26 Février 1997, Juris-Data, n° 041794. L'arrêt a été confirmé par Cass. Com., 23 Juin 1998.

En second lieu, la banque est fautive lorsqu'elle sollicite un cautionnement dont le montant est disproportionné par rapport au patrimoine et aux revenus de la caution. La banque engage alors sa responsabilité à l'égard de la caution pour non-respect du principe de proportionnalité (276). Cependant ce principe est lui-même une conséquence d'un principe plus général. Il est permis d'y voir une suite du devoir d'exécuter de bonne foi les conventions ou du devoir de loyauté (277). Mais il est peut-être également permis d'y voir une conséquence du devoir de conseil (278). Dans l'exercice de ce devoir la banque doit rechercher si la souscription du cautionnement n'est pas susceptible de causer un préjudice excessif à la caution (279). Si tel est le cas, elle doit fixer des limites au cautionnement qu'elle veut faire souscrire (280).

Sans l'énoncer expressément, la Cour de cassation consacre donc un devoir de conseil des établissements de crédit à l'égard des cautions. Ce devoir se prolonge même lors de l'exécution du contrat. La banque manque ainsi à son devoir de conseil lorsqu'elle laisse croire à l'ancien gérant caution qu'il est tenu en raison de la souscription d'un cautionnement par le nouveau gérant (281).

En exécution de son devoir de conseil, la banque doit donc refuser de faire souscrire certains cautionnements, ceux relatifs à des prêts qui n'ont guère de chances d'être remboursés et ceux qui sont excessifs par rapport aux revenus et patrimoine de la caution.

Le manquement au devoir de conseil peut être doublement sanctionné. Il peut justifier une annulation sur le fondement du dol ou être source d'une mise en jeu de la responsabilité de la banque. Des dommages et intérêts sont alors accordés à la caution. Ils viennent en compensation des sommes dues au titre du cautionnement. C'est la solution retenue dans l'Arrêt Macron. Mais ce dernier Arrêt n'est pas seulement important en raison de la

(276) – Cass. Com., 17 Juin 1997, Bull. Joly, 1997, p. 866, note P. Le Cannu ; J.c.p. 1997, Ed. E, II, 1007, note D. Legeais; J.c.p. 1998, I, 103, obs. Ph. Simler; Rép. Def, 1997, p. 1424, note L. Aynés ; D., 1998, p. 209, note J. Casey ; R.T.D. Civ., 1998, p. 101, obs. J. Mestre et p. 157, obs. P Crocq.

(277) – Existe t-il un principe de proportionnalité ? Petites affiches, 30 Septembre 1998.

(278) – S. Piedelièvre, Le cautionnement excessif, Rép. Defrénois, 1998, Art. 36836, p. 849, et s. sp. n° 14.

(279) – C.A. Rennes, 10 Octobre. 1997, Juris-Data, n° 047471. En l'espèce, des cautionnements obtenus de mauvaise foi auprès de cautions inexpérimentées, sans que le loueur démontre avoir prévenu les cautions des risques auxquels elles s'exposaient au regard de leurs ressources est dépourvu de validité, faute de consentement éclairé.

(280) – C.A. Paris, Ch. 15, sect. B, 27 Septembre 1996, juris-Data, n° 022332.3. Commet une faute d'imprudence et de négligence une banque qui octroie un prêt de 24 millions de francs à une société, moyennant cautions, sans prodiguer à ces cautions des conseils sur les risques encourus, alors qu'il est démontré qu'elles avaient des revenus trop modestes.

(281) – C.A. Paris, 23 Janvier 1998, Juris-Data, n° 020157. La Cour d'appel se réfère en l'espèce expressément à l'obligation de renseignement et de conseil source d'une responsabilité contractuelle sur le fondement des Art. 1147 et 1134 du C. Civ.

reconnaissance implicite d'un devoir de conseil qu'il paraît consacrer. Il permet aussi d'affirmer que les dirigeants cautions peuvent également bénéficier de ce devoir nouveau mis à la charge des établissements de crédit.

b

Les cautions bénéficiaires du devoir de conseil.

Toutes les cautions profanes peuvent assurément se prévaloir d'un non-respect de l'obligation de conseil.

Les solutions sont plus nuancées s'agissant des cautions dirigeantes. Il serait même concevable de refuser à ces cautions de se prévaloir d'un tel manquement. Pourtant qu'il s'agisse d'un cautionnement qu'un établissement de crédit fait souscrire en garantie de crédits excessifs ou d'un cautionnement excessif dans son étendue, la jurisprudence est nuancée.

S'agissant en premier lieu des cautionnements garantissant des crédits excessifs, l'évolution de la jurisprudence est révélée par la comparaison de deux décisions rendues par la Cour de cassation.

Dans une première décision, celle-ci avait énoncé que « sauf circonstances exceptionnelles, un gérant de SARL ne pouvait mettre en jeu la responsabilité d'une banque pour soutien abusif de crédit » (282). La Cour de cassation semblait ainsi refuser au dirigeant le droit de se prévaloir d'un manquement à l'obligation de conseil de la banque à son égard.

Pourtant, quelques mois plus tard, la Cour de cassation approuvait une cour d'appel d'avoir retenu un dol à l'égard d'une caution dirigeante. Il était reproché à la banque d'avoir accepté le cautionnement du dirigeant alors que manifestement le financement sollicité par l'entreprise était excessif. Le demandeur au pourvoi soutenait que cette solution était contraire à celle énoncée dans l'arrêt antérieur de la Cour de cassation et développait explicitement l'argument selon lequel la caution, dirigeante ne pouvait se prévaloir d'un manquement au devoir de conseil. Le pourvoi est rejeté. Pour la Cour de cassation, des dirigeants néophytes peuvent donc être considérés comme des cautions profanes et se prévaloir d'un manquement au devoir de conseil.

Dans la deuxième hypothèse, lorsque l'établissement de crédit manque à son obligation de conseil en faisant souscrire un cautionnement disproportionné dans son

(282) – Cass. Com. 12 Novembre 1997, J.c.p. 1998, Ed. E., p. 182, note D. Legeais ; Bull. Joly, 1998, 105, obs. Ph. Delebecque.

étendue, il est clairement établi que tout dirigeant caution peut invoquer la faute de la banque. La Cour de cassation s'est en effet prononcée sans ambiguïté. Dans son arrêt de principe, la Cour de cassation n'opère en effet aucune distinction (283). Cependant, comme l'énonce une décision, il est cependant permis de penser que « l'obligation de renseignement et de conseil de la banque à l'égard des cautions dirigeantes doit s'apprécier concrètement, notamment en fonction des responsabilités des cautions au sein de la société et de leur expérience » (284).

Lorsque l'établissement de crédit a sollicité le cautionnement d'un dirigeant pour un financement hasardeux ou excessif, il faut ainsi tenir compte de l'ensemble des paramètres pris en considération lorsqu'il s'agit d'apprécier le dol commis par l'établissement de crédit. Le manquement de l'établissement de crédit doit donc s'apprécier en tenant compte principalement des compétences de la caution, de ses possibilités effectives d'avoir connaissance de la situation de l'emprunteur, des informations en possession de la banque (285). Les juridictions du fond sont ainsi invitées à se livrer à une appréciation in concreto dans leur recherche de la responsabilité de l'établissement de crédit à l'égard des cautions pour manquement à un devoir de conseil (286).

En conclusion, notons que l'examen de la jurisprudence fait clairement apparaître l'existence d'une obligation de conseil des établissements de crédit à l'égard des emprunteurs et des cautions. Ce devoir profite même aux dirigeants. Un tel double constat est de nature à faire naître une inquiétude légitime des débiteurs d'une telle obligation. Notre conclusion sera pourtant différente,

D'une part, cette jurisprudence va conduire les établissements de crédit à être encore plus vigilants et à faire preuve de plus de discernement dans l'octroi des prêts. La recherche d'informations précises et objectives relatives à la situation financière présente et prévisible de l'emprunteur et de la caution doit ainsi devenir une priorité. Il apparaît donc que ce sont les emprunteurs potentiels qui auront le plus à subir les conséquences des derniers développements jurisprudentiels. Pour eux en effet le recours au crédit sera peut-être plus difficile que par le passé.

(283) – Cass. Com., 19 Juin 1997, *opcit.*, note 35.

(284) – C.A. Nancy, 1^{ère} Octobre 1997, *Juris-Data*, n° 048491.

(285) – C.A. Paris, Ch. 15, sect. B, 30 Mai 1997, *Juris-Data*, n° 021367. « La banque n'a pas rempli de façon rigoureuse son devoir de conseil envers la gérante statutaire, jeune femme inexpérimentée, et son mari, déjà engagé dans un petit commerce de restauration mais dépourvu de toutes compétences administratives ».

(286) – Dans un même dossier intéressant plusieurs dirigeants, la banque peut ainsi n'engager sa responsabilité qu'à l'égard de certaines cautions. V. CA Paris, 27 Septembre 1996, *Juris-Data*, n° 022332. La responsabilité engagée à l'égard des associés ne l'est pas à l'égard du dirigeant au motif que celui-ci connaissait la situation de l'entreprise.

D'autre part, l'analyse de la jurisprudence démontre clairement que les décisions de condamnation interviennent dans des hypothèses malheureusement caricaturales dans lesquelles, manifestement, le prêt n'aurait pas dû être accordé, le cautionnement n'aurait pas dû être sollicité. De même, il apparaît à l'analyse des faits que les dirigeants, cautions ou emprunteurs, n'avaient nullement les connaissances et les compétences que l'on serait en droit d'attendre d'eux. Les faire bénéficier de la protection jusqu'alors réservée aux profanes n'est peut être pas totalement illogique.

Il apparaît ainsi que le banquier n'est aujourd'hui pas plus mal loti que d'autres professionnels.

Il ne faudrait cependant pas que le développement de l'obligation conseil ait pour conséquence, comme cela a pu être constaté dans d'autres domaines, une paralysie de l'initiative individuelle et entraîne la disparition de toute prise de risque de la part du prêteur. En raison de l'évolution de la jurisprudence, celle-ci doit seulement être plus mesurée que par le passé.

B

Le devoir de conseil lors des opérations connexes et des opérations non-bancaires.

Parmi ces opérations, on trouve la tenue d'un compte de titres. Le banquier est tenu, dans ce domaine et depuis l'arrêt Buon en date du 5 novembre 1991, d'une obligation de conseil envers son client. Cette obligation de conseil existe « quelle que soit la relation contractuelle » entre le client et la banque. On peut donc dire que le banquier est aussi tenu en cas de gestion assistée des titres ou de gestion sous mandat. Cette jurisprudence a, par ailleurs, été plusieurs fois réaffirmée. On peut toutefois se demander si toutes les opérations font l'objet d'un devoir de conseil ou si seules les opérations sur le marché à terme doivent faire l'objet d'un conseil du banquier. En effet, les opérations passées sur le marché au comptant doivent-elles faire l'objet d'un conseil de la part du banquier ? En l'absence, à notre connaissance de décisions en la matière, il nous semble possible de dire oui. En effet, l'Article 58 de la Loi Française de modernisation des activités financières du 2 Juillet 1996 (dite loi MAF) oblige, au titre des règles de bonne conduite, les prestataires à s'enquérir de la situation financière de leurs clients, de leur expérience en matière d'investissements et de leurs objectifs en ce qui concerne les services demandés et à leur communiquer les informations utiles. La loi MAF ne distingue donc pas entre les opérations sur le marché au comptant et les opérations sur le marché à terme. Pas plus d'ailleurs que semble le faire la

Cour de cassation qui décide qu'un client est un opérateur averti des opérations sur le marché à terme lorsqu'il maîtrise les techniques du comptant et est rompu aux pratiques boursières. Pour la jurisprudence, le banquier est également tenu d'un devoir de conseil en matière d'opération de change comme en atteste un Arrêt du 12 Novembre 1998 (287).

On pourrait ainsi énumérer longtemps les opérations dans lesquelles le banquier est tenu d'un devoir de conseil. Contentons-nous de relever deux domaines qui fournissent une grande partie du contentieux. Ainsi, en matière de cautionnement et de garantie à première demande, la Cour de cassation a-t-elle reconnu une obligation de conseil à la charge du banquier. Cette reconnaissance n'est qu'implicite à l'égard des cautions, étant donné le caractère unilatéral de l'engagement. Cependant, comme a pu le relever un auteur (288), les décisions récentes de la Cour de cassation ne s'expliquent qu'en passant par la reconnaissance d'un devoir de conseil. Ainsi, M. Legeais cite une affaire dans laquelle la banque est fautive lorsqu'elle fait consentir un cautionnement qui sera sûrement mis en oeuvre compte tenu de la situation du débiteur. La banque se doit donc, lors de l'engagement de prévenir le client des risques inhérents au contrat et donc de conseiller le client. Certaines décisions sanctionnent cette faute sur le terrain du dol en faisant référence explicitement au devoir de conseil. Selon l'auteur, la Cour d'appel de Paris a même directement sanctionné sur le fondement du devoir de conseil. D'autre part, la banque commet également une faute lorsque le cautionnement est disproportionné par rapport à la situation financière de la caution. Si cette obligation est légale en ce qui concerne les consommateurs, la jurisprudence l'étend aussi aux non-consommateurs. Comme nous l'avons déjà constaté, le principe de proportionnalité est un dérivé de l'obligation de conseil. On peut donc dire que dans le cadre du cautionnement, le banquier est tenu à un devoir de conseil.

Le dernier terrain d'élection du devoir de conseil du banquier est en matière d'assurance groupe. Le banquier qui fait souscrire un tel contrat adossé à une opération de crédit pour garantir l'emprunteur contre un risque d'invalidité ou de chômage est tenu de le conseiller. Il est tenu de le conseiller lors de la souscription. Par exemple, lorsque le banquier n'a pas mis en garde le cocontractant contre le refus de l'assureur de le garantir (289). Le banquier est également tenu de conseiller l'emprunteur pendant toute l'exécution

(287) – Montpellier, 12 Novembre 1998, J.c.p. Ed. E. 2000, panorama rapide, p. 391 ; Banque et droit 1999, p.18, note De Vauplane (H.).

(288) – Legeais (D.), L'obligation de conseil de l'établissement de crédit à l'égard de l'emprunteur et de sa caution, Mélanges A.E.D.B.F., 1999, p. 257.

(289) – Voir par exemple : Cass. Civ. 1^{ère}, 22 Février 1984, D. 1984, Jur., p. 386, note Groutel (H.) et Berr (Cl.J.).

du contrat, lorsque, par exemple, le risque est survenu, sur les formalités à effectuer (290).

On le voit, le domaine «jurisprudentiel » d'application du devoir de conseil est très large. Cependant il y a des zones qui sont restées inexplorées en la matière, faute de contentieux. Il reste donc des applications à envisager.

Le banquier est aussi tenu en matière de rapprochement d'entreprises et, comme l'assureur, dans les contrats d'assurance qu'il contracte directement.

a

Conseils et assistance du banquier

dans la gestion d'un portefeuille de valeur mobilières.

Par nature, les banques sont en pointe dans ce domaine. Autrefois, l'activité de conseil était surtout exécutée aux guichets. Les clients avaient des contacts personnels avec des agents spécialisés en matière de titres qu'on appelait les "titrards" (291).

L'aide à la gestion en portefeuilles passait dans une large mesure par ses agents qui réalisaient simultanément l'information et le conseil de la clientèle. Aujourd'hui, l'aide à la gestion a évolué, en raison de la diversité et donc la complexité des titres émis. Les conventions bancaires distinguent la conservation de la gestion des valeurs mobilières.

Dans le premier cas, la banque n'a aucun devoir de conseil vis-à-vis de son client. En effet, dans le contrat de dépôt de titres, la banque assume deux obligations principales :

- Conserver les titres,
- Les restituer.

La banque assume une garde active des titres, soit en d'autres termes une véritable garde juridique. La banque a ici, seulement une obligation d'information. Elle doit notamment informer le client, dans les délais utiles, des diverses formalités auxquelles celui-ci doit se plier en cas notamment d'augmentation ou de réduction de capital, de regroupement des titres, d'offres publiques d'achat ou d'échange.

Selon le Professeur Rives-lange : « comme tout dépositaire, le banquier est tenu de garder, de conserver, d'entretenir la chose déposée et la doctrine reconnaît que les modalités de cette obligation doivent être adaptées à la chose. C'est en vertu de ce principe d'adaptation que la jurisprudence approuvée par la doctrine, a mis à la charge du banquier des obligations secondaires et notamment celle que nous avons appelée l'obligation de

(290) – Voir, par exemple : Cass. Civ, 1^{ère}, 12 Janvier 1999, R.G.D.A, 1999, n°2, p. 397, note Mayaux (L.) et Moulin (J.M.), Les obligations d'information et de conseil du banquier souscripteur d'une assurance groupe, Revue droit bancaire et de la bourse, 2000, p.51.

(291) – Gnansounou, opcit, p. 274.

veiller à la “conservation administrative” des titres : le banquier a l’obligation d’avertir le client (voire de le suppléer en cas d’inaction de sa part) des actes nécessaires à la vie juridique des titres : encaissement des coupons, des produits d’amortissement, regroupement, augmentation de capital... et, de façon générale, toutes opérations qui relèvent de “l’entretien juridique” du titre (292).

En principe le devoir d’information auquel est tenue la banque dépositaire ne s’accompagne d’aucun devoir de conseil quant aux actes de disposition.

Toutefois, il va de soi que le client peut, à tout moment, solliciter le conseil de son banquier s’il lui apparaît qu’il n’est pas suffisamment au fait des règles du marché boursier relativement à l’opération qu’il envisage d’initier. Il n’est pas non plus interdit pour autant à la banque de dispenser bénévolement des conseils alors même qu’elle n’y est pas juridiquement tenue (293).

Dans le deuxième cas, c’est-à-dire dans le cadre du contrat de gestion et de placement de valeurs mobilières, le banquier est tenu d’un devoir de conseil. Deux procédés existent :

- D’une part la gestion discrétionnaire : dans cette formule, le propriétaire du portefeuille confère au banquier en sa qualité de mandataire, le pouvoir d’agir d’office. Celui-ci décide tout seul toutes les opérations qu’il estime appropriées.
- D’autre part, la gestion assistée, c’est-à-dire conseillée. Dans ce cas, le propriétaire du portefeuille arrête tout seul les ordres, mais la banque l’aide, par ses conseils. Le client peut lui-même prendre des initiatives.

Le conseil est donné ponctuellement par le banquier à un client déterminé et intervient fréquemment pour des opérations qui s’inscrivent dans une stratégie visant à atteindre un objectif fixé par le donneur d’ordre. Le conseil est administré en principe par le banquier lorsque le client le sollicite de sa part à l’occasion d’une opération qu’il envisage d’initier.

Le banquier conseille son client à propos des opportunités d’arbitrage à saisir pour assurer une saine gestion de son portefeuille.

Que ce soit dans le cadre des placements individuels ou collectifs (S.I.C.A.V, Fonds Communs de Placements) le banquier est amené à prodiguer à ses clients, des conseils en fonction de leur situation financière et du but recherché qui peut être un placement spéculatif (cas de celui qui cherche à valoriser son patrimoine par exemple) ou un placement de “bon père de famille” ; ce sera le cas par exemple du client qui investit dans le cadre d’un régime complémentaire de retraite, ou d’un couple de retraité qui cherche à préserver un patrimoine à transmettre, ou d’allègements fiscaux.

(292) – Banque, 1988.929.

(293) – La responsabilité des banques en matière de conservation, de gestion et de placement des valeurs mobilières, P.J. Crédot et P. Bouteller Revue Banque 1988.615.

Ces conseils doivent être objectifs, raisonnables en fonction de l'environnement économique et financier du moment où ils sont donnés. Le client qui souhaite bénéficier des conseils du banquier devra donc souscrire un contrat de gestion de portefeuille.

Cette prestation de conseil n'est pas due dans le cadre du contrat de dépôt de titres, même si un arrêt (294) de la Cour d'Appel de Paris en date du 13 Juillet 1989 (295) avait suscité un émoi et un grand étonnement dans le monde bancaire. Les faits de l'espèce étaient les suivants : Un client de la BNP, avait souscrit en 1977 un contrat de dépôt de titres. L'objet de cette convention était la conservation des obligations de la société Creusot-Loire.

En Octobre et Novembre 1984, il donne l'ordre de vendre ces titres. Mais cet ordre n'a pu être exécuté en raison du règlement judiciaire de Creusot-Loire prononcé le 28 Juin 1984 et converti le 12 Décembre 1984 en liquidation judiciaire. Les titres sont radiés de la cote le 21 Décembre 1984. Leur valeur est devenue nulle.

C'est dans ce contexte que le client assigne en responsabilité la B.N.P, à laquelle il reproche de ne l'avoir informé, ni de la situation difficile de Creusot-Loire, ni de la mise en liquidation des biens de la société. Comme de surcroît le déposant n'était pas spécialiste des questions financières et boursières, il ne pouvait, prétendait-il, en l'absence d'informations fournies par la banque, prévoir que l'évolution de la situation économique de la société allait avoir pour conséquence la perte totale de la valeur de ses titres.

Le Tribunal de Grande instance de Paris condamne, par jugement du 26 Novembre 1987 la B.N.P au motif que le banquier « outre ces obligations classiques de dépositaire » devait remplir un devoir de surveillance, d'information et de conseil et que dans l'accomplissement de ce devoir, la B.N.P avait « fait preuve d'une inertie dommageable ».

La Cour d'Appel de Paris confirme le 13 Juillet 1988 (296) le jugement du T.G.I de Paris, en ces termes : « Attendu que, pour accueillir la demande de M.S, la Cour d'Appel relève que l'usage et l'équité font au banquier dépositaire de titres une obligation de bonne garde non seulement matérielle, mais juridique, que pour remplir cette obligation de moyens inhérente à sa qualité de salarié, le banquier doit informer spontanément le déposant, voire le mettre en garde, de telle sorte que celui-ci soit en mesure d'accomplir les actes nécessaires à la conservation des titres eux-mêmes, qu'il était facile pour le banquier d'informer utilement M.S d'un évènement pouvant avoir des répercussions sur le cours de ses obligations, tel que la mise en règlement judiciaire de la société C. et que la banque

(294) – Arrêt Bomonneau.

(295) – Banque, 1980. 929, note Rives-Lange.

(296) – Pour une critique complète, voir commentaire de M. Rives-Lange, Revue Banque 1988, p. 929 et s.

n'avait pas usé des précautions nécessaires pour mettre M.S en mesure de prendre en temps utile la décision qui aurait pu lui éviter la perte de ses valeurs ».

Cet arrêt avait suscité les plus expresses réserves de la quasi unanimité de la doctrine. C'est sans surprise que la Cour de Cassation a rendu le 9 Janvier 1990 (297) un arrêt de cassation sur le visa des Articles 1915 et 1135 du Code Civil, en ces termes : « Attendu qu'en statuant ainsi alors que si la banque, simple dépositaire de titres, assume, en vertu des usages, les obligations accessoires au contrat, inhérentes à la détention de ces titres, aux droits qui y sont attachés et à leur restitution, ni ces usages, ni l'équité, ni la loi ne l'oblige en outre à informer le déposant d'un évènement affectant la vie de la société émettrice des titres, la Cour d'Appel a violé les textes susvisés ».

Cette décision de la Cour de Cassation mérite pleinement d'être approuvée. En effet, imposer au banquier l'obligation d'informer le déposant d'un évènement affectant la vie de la société émettrice, comme le faisait l'arrêt de la Cour d'Appel de Paris, aurait été contraire à la nature des obligations résultant du contrat de dépôt, celui-ci aurait cessé d'être distinct du contrat de gestion de titres. Si le client avait souscrit un contrat de gestion assistée, il aurait été informé par la banque qui lui aurait donné les conseils appropriés lui permettant d'éviter cette perte.

La décision rendue par la Cour d'Appel de Paris tendait à confondre le contrat de dépôt de titres et le contrat de gestion. Le mérité de la décision de la Cour de Cassation est de réaffirmer la distinction entre ces deux conventions.

En d'autres termes, le client qui confie à sa banque des titres en dépôt, s'estime suffisamment au fait de la gestion des valeurs mobilières pour l'assurer lui-même. Ce contrat à faible coût, ne lui procure que la conservation juridique des titres déposés. S'il souhaite bénéficier des conseils de spécialistes. Il doit souscrire un mandat de gestion de portefeuille, à coût plus élevé.

Les conseils utiles du banquier aideront le client à équilibrer un budget, harmoniser un patrimoine et préparer corrélativement un avenir financier par des placements personnalisés. Il conseillera entre autres le panachage pour l'achat de S.I.C.A.V, en constituant de véritables portefeuilles. Ses conseils permettront au client de sélectionner en toute connaissance de cause les placements qui lui conviennent le mieux et constituer ainsi un patrimoine équilibré et dynamique. Il aidera le client, par les conseils qu'il lui prodigue à choisir entre plusieurs stratégies patrimoniales.

(297) – Banque 1990. 192, obs. Rives-Lange ; D. 1990, j.p. 173 obs. Brill.

b**Devoir de conseil et d'assistance du banquier
en matière de commerce international.**

Les banquiers ont aussi accompagné et aidé les exportateurs dans leur stratégie d'internationalisation.

Par ses conseils, le banquier apporte aux exportateurs un appui non négligeable pour les opérations commerciales (exportation, importation).

De nos jours, les banques trouvent dans les domaines de l'activité internationale, l'occasion d'apporter des conseils et une assistance multiformes à leur clientèle. Pour ce faire, elles ont beaucoup développé leurs réseaux de correspondants et de bureaux de représentation à l'étranger.

L'exportateur ne peut se débrouiller tout seul pour déterminer la meilleure formule de financement à l'exportation, choisir le type d'assurance appropriée.

Nombre de banques possèdent un service informatique expert capable d'effectuer toutes comparaisons et simulations relatives aux différentes formules de financement.

Par son expérience, la banque peut conseiller l'industriel ou le commerçant à l'occasion de la rédaction de contrats, notamment en ce qui concerne les clauses relatives aux conditions de paiement, les clauses de variations de prix, les garanties exigées par le cocontractant étranger, les garanties à première demande notamment les clauses d'arbitrage.

Les banques sont organisées pour renseigner les clients sur les réglementations étrangères du commerce extérieur et les conseiller sur les stratégies à adopter.

Elles peuvent les renseigner sur les structures économiques, financières ou politiques de tels pays et encore sur l'évolution des courants d'exportation et d'importation entre l'Algérie et l'étranger.

Dépassant même ce rôle de simple information et de conseil, les banques prêtent leur aide aux clients dans la recherche de partenaire. Elles les aident à nouer des relations de complémentarité industrielle et commerciale, par exemple, trouver des sous-traitants à l'extérieur (298). Le banquier est mieux placé pour conseiller un client sur la manière de pénétrer un marché étranger.

Par exemple, pendant longtemps, les clients ont pensé qu'il suffisait d'avoir un produit bien fait pour conquérir le marché américain. Or, aux U.S.A le défaut zéro ne suffit pas. Il est aussi important d'avoir le zéro attente. Il vaut mieux avoir un service après vente, un réseau commercial parfaitement organisé et d'avoir le meilleur produit.

(298) – Banque 1990. 11, Vasseur.

Le marché américain se caractérise aussi par l'existence et la reconnaissance des lobbies face auxquels il faut être préparé en terme de communication.

Ce sont autant de paramètres que ne maîtrisent pas forcément les clients nationaux. Là encore, le banquier par ses connaissances, son savoir faire, interviendra pour prodiguer des conseils.

Autre domaine dans lequel le banquier apporte ses conseils aux clients, c'est celui de la compensation. Les opérations de compensation sont de nature plus complexe que les échanges traditionnels, et impliquent des coûts et des temps de négociation plus importants. Un manque d'expérience dans les techniques de compensation peut mener à l'augmentation significative de ces risques et coûts, et même entraîner des pertes.

Enfin, dans le domaine de commerce international, les banques rendent à leur clientèle des services qui vont au-delà du caractère proprement dit

C

Les conseils prodigués par le banquier en matière d'assurance.

Si l'intermédiation bancaire et l'assurance procèdent de deux logiques différentes, les deux secteurs d'activité sont très proches et se confondent, en raison, d'une part, de la perméabilité des domaines d'activité respectifs, d'autre part, d'une intervention des banques et même des entreprises d'assurance dans la même activité complémentaire à leur activité principale respective, à savoir la collecte de l'épargne.

L'un des aspects du phénomène de bancassurance est d'utiliser le réseau d'agences bancaires afin de renforcer le potentiel de distribution des produits d'assurance. Pour exploiter cette synergie de la banque et de l'assurance, il est fréquent aujourd'hui de voir les banques proposer des produits d'assurance à leur clientèle, élargissant ainsi le domaine d'élargissement de leur activité de conseil.

Initialement, l'assurance en matière bancaire concernait l'assurance des comptes. Elle s'est étendue à l'assurance-décès accessoire aux prêts personnels. Parallèlement, les banques proposaient des assurances-groupe qui garantissent la clientèle contre le risque de décès ou d'invalidité, et qui sont utilisées pour sûreté de prêts ou de crédits classiques. Son caractère marginal ou d'une ampleur négligeable n'incitait pas la banque à développer une véritable activité de conseil. Mais depuis quelques années, les banques dans le cadre de leur stratégie de gestion patrimoniale globale, ont commencé avec succès une prospection systématique de leur clientèle dans le domaine des assurances, en deux directions :

- Les contrats de capitalisation pure qui correspondent à un produit financier ;
- Les contrats assurance vie/capitalisation, qui sont à la fois produit d'assurance et produit financier. Les difficultés du régime actuel de retraite par répartition, incitent les clients à souscrire un régime complémentaire.

Ainsi, le Crédit Lyonnais par exemple, a entrepris de développer son activité sur le marché de la retraite, particulièrement auprès des entreprises souhaitant créer leur propre système "par capitalisation".

En effet, les régimes d'épargne retraite par capitalisation représentent actuellement environ 230 milliards d'encaissement annuel (dont 15 milliards pour la retraite collective d'entreprise). Sur ce marché, très porteur, le Crédit Lyonnais conçoit et gère des produits d'épargne retraite pour les particuliers et les entreprises par capitalisation. Dans ce dernier domaine, il a réalisé 8 Milliards de francs de chiffres d'affaires en 1992, gère 40 Milliards d'encours et se classe parmi les dix premiers groupes d'assurance-vie Français.

Le banquier a su répondre aux besoins et à l'attente de la clientèle en lui proposant des produits variés. A cette occasion il conseille le client sur les différents produits de capitalisation, de prévoyance, de complément retraite. Les produits conseillés le sont en fonction de leur rendement, des besoins du client.

Désormais classique, le régime de l'assurance-vie constitue un élément de défiscalisation que le banquier conseille à son client, lorsqu'il s'agit d'un contrat destiné à fournir à l'assuré un complément de retraite ou au contraire à transmettre une part de patrimoine à ses héritiers dans les meilleures conditions fiscales possibles.

Le banquier, par sa connaissance des dispositions de la loi, saura conseiller judicieusement son client.

II

Les applications envisageables du devoir de conseil.

Les applications envisageables du devoir de conseil sont aussi étendues que l'activité du banquier. Autant dire que nous ne pouvons pas toutes les étudier ici. Cependant, nous nous pencherons sur deux situations qui nous semblent particulièrement d'actualité.

La sécurité de la carte de paiement est aujourd'hui remise en cause. De multiples reportages en témoignent : nombreux sont les détenteurs de ces cartes qui se sont fait « virtuellement » voler leur numéro d'identification sur Internet ou à l'occasion d'achats par correspondance. Devant les difficultés à poursuivre les auteurs de ces délits, serait-il possible d'engager la responsabilité du banquier sur le fondement du devoir de conseil ? Il

est en effet tenu à un devoir de conseil en matière de carte de paiement. L'obligation de conseil consiste notamment à prévenir le client des risques liés à une opération de crédit. Il doit donc avertir le client de l'existence de ces fraudes. D'autre part, l'obligation de conseil pourrait aussi imposer au banquier d'indiquer les gestes de prévention que le client doit effectuer pour ne pas être victime de tels larcins. A défaut, il nous semble que le client, non averti et non conseillé pourrait engager la responsabilité du banquier. Nous pouvons même, à l'appui de cette hypothèse relever un arrêt (précurseur ?) qui semble aller dans ce sens. La Cour d'Appel de Paris (299) a en effet retenu la responsabilité du banquier qui avait procédé au paiement de deux factures alors qu'elles correspondaient à deux factures dont une seule avait été autorisée. L'arrêt relève également que l'ordre de paiement a été fait sans émission du numéro secret. « Devant ces anomalies, la banque a manqué à son obligation de conseil et de vigilance ».

La seconde application envisageable du devoir de conseil nous est donnée par un MM. Goix et Favéro (300) dans le cadre du passage à l'Euro. Selon ces auteurs, le banquier serait tenu à un devoir de conseil lors du passage à l'Euro dans le cadre des contrats qui vont de fait, changer d'objet. Ainsi, ils donnent l'exemple d'un « swap » de taux d'intérêts de monnaie in, Pibor/Fibor. Doit-on considérer, écrivent-ils, que le contrat n'a pas changé, qu'il est toujours conforme à la volonté des parties et qu'il doit se poursuivre jusqu'à son terme alors que les deux branches sont remplacées par l'Euribor ? Selon-eux, le banquier doit mettre en garde son client sur les conséquences économiques en résultant.

Nous venons donc de montrer combien est vaste l'étendue du devoir de conseil. De plus, celle-ci a vocation à devenir plus vaste encore, compte tenu d'une part, de la diversification des activités du banquier et, d'autre part, des solutions nouvellement envisageables.

Cependant, la mesure doit être prise aussi compte tenu du créancier de l'obligation de conseil, qui comme on l'a vu, est considéré de façon très restrictive par la Cour de cassation. Dès lors, c'est en demi-teinte que nous devons conclure et regretter ce contrat. L'efficacité et la réalité passent par une extension du devoir de conseil, n'en déplaise aux banquiers. Certes, on voit clairement que c'est à l'occasion de toutes les opérations de banque que le banquier est tenu de conseiller son client. Il en est, de même, pour les opérations connexes et les opérations non-bancaires.

Mais étendre le devoir de conseil ne peut-être une mesure utile que si sa mise en œuvre est en adéquation. C'est ce que nous étudierons au « second chapitre » après avoir

(299) – Paris, 2 Novembre 1999, Juris-data n° 105140.

(300) – Goix (A.) et Favéro (M.), L'obligation de conseil du banquier et le passage à l'Euro, Droit et Patrimoine.

présenté une appréciation critique du domaine du devoir de conseil.

Section III

Appréciation critique du devoir de conseil.

Pour présenter cette analyse, il aurait été possible d'énumérer les hypothèses dans lesquelles le droit positif met une obligation d'information à la charge de la banque, bien qu'un élément constitutif de cette obligation fasse défaut et celles dans lesquelles une telle obligation n'est pas admise, alors que toutes les conditions de son existence sont réunies.

Une telle présentation aurait été, comme toute énumération, fastidieuse. Mais surtout, elle aurait dissimulé une distinction qui mérite pourtant d'être mise en exergue.

On sait en effet que l'obligation de conseil a pour objet de combler le déficit d'information d'un cocontractant ou d'un tiers. L'information transmise permet à son destinataire de prendre une décision utile pour lui. On le voit, ce résultat n'est qu'une application d'un but plus général, la protection du destinataire de l'information et du conseil.

En droit bancaire, comme dans les autres branches du droit, les techniques permettant la protection d'un cocontractant ou d'un tiers sont nombreuses. Ces techniques existent en matière de cautionnement (règles de preuve notamment), mais aussi dans tous les contrats (exigence de bonne foi, forçage du contrat par exemple). En outre, le droit bancaire dispose de techniques de protection qui lui sont propres, comme le principe de non-immixtion et le devoir de vigilance.

Ainsi, l'obligation de conseil constitue une technique de protection parmi d'autres.

Il suit de là, que pour décider si la protection inhérente à toute obligation de conseil doit être accordée à tel individu, il faut répondre à deux questions :

- cet individu mérite-t-il d'être protégé ?
- parmi les différentes techniques permettant d'assurer la protection méritée par cet individu, la transmission d'un conseil est-elle la plus adaptée ?

Ces deux étapes du raisonnement vont nous permettre de structurer la critique du domaine de l'obligation de conseil en distinguant d'une part les critiques relatives au choix de la protection, et d'autre part celles concernant le mode de protection.

La distinction nous paraît importante pour la raison suivante.

Le juge, lorsqu'il reconnaît l'existence d'une obligation de conseil ou, au contraire, en refuse le bénéfice à un plaideur, de même que le législateur et l'autorité réglementaire lorsqu'ils édictent de telles obligations, contribuent à délimiter le domaine de l'obligation de conseil.

Or, lorsque le juge refuse de reconnaître une obligation de conseil, sa décision ne précise pas toujours les mobiles qui ont déterminé le sens de sa décision. Est-ce parce que, selon lui, le plaideur ne méritait pas la protection qu'il recherchait ou bien est-ce plutôt parce qu'un autre mécanisme lui confère déjà cette protection ? L'imprécision de certaines décisions de justice et aussi de certaines analyses doctrinales – est source de confusion,

L'étude de l'obligation de conseil nous a amené à constater que très souvent, l'existence d'une obligation était consacrée alors qu'un de ses éléments constitutifs faisait défaut et que la protection recherchée pouvait être octroyée par l'application de règles de droit plus appropriées. Dans cette hypothèse, ce n'est plus le degré de protection qui est en jeu mais le choix de la technique de protection.

Ainsi, parmi les suggestions que nous allons présenter pour une délimitation plus rationnelle du domaine de l'obligation de conseil, certaines sont liées au degré de protection accordé à l'intéressé tandis que les autres ne sont motivées que par des considérations techniques.

Afin d'éviter au maximum les confusions qui viennent d'être rappelées, notre appréciation critique du domaine de l'obligation de conseil sera présentée ci-dessous.

Sous-Section I

Le choix du degré de protection.

Dans toutes ces hypothèses, la jurisprudence a consenti une protection injustifiée à l'emprunteur et le domaine de l'obligation de conseil du banquier doit être ramené dans des limites plus raisonnables, grâce à une application plus stricte du principe selon lequel il n'y a pas d'obligation de conseil si celui qui se prétend destinataire connaît personnellement l'information qu'il dit ignorer.

Il en va de même lorsque le client est assisté d'un conseil.

Paragraphe I

Le client de la banque est assisté d'un conseil.

En principe, la relation banque-client repose sur la confiance légitime que le client investit dans la banque. Mais il arrive qu'au moment de la conclusion d'un contrat avec sa banque, le client se fasse assister d'un conseil.

Cette situation doit être distinguée de celle où deux professionnels tenus d'un devoir de conseil, interviennent dans la même opération. Alors, chacun est tenu d'exécuter son devoir

et il ne peut opposer au client, créancier de l'information, la faute de l'autre professionnel (301), en application du principe selon lequel le fait du tiers, même fautif, ne constitue pas une cause exonératoire de responsabilité (302).

Lorsque le client se fait assister d'un conseil pour la négociation d'un contrat, il cherche, par-là même, à rétablir à son profit le déséquilibre existant entre lui et le banquier. Il n'en reste pas moins que cette initiative traduit la crainte du client de signer une convention désavantageuse pour lui et partant, la défiance qu'il nourrit à l'égard du banquier.

En d'autres termes, c'est en son conseil personnel que le client a placé toute sa confiance. Il peut même arriver que le conseil du client, lorsqu'il est un professionnel, connaisse mieux la matière que le préposé de la banque. Ainsi, lorsqu'une caution se fait assister d'un avocat pour signer un engagement, elle est certainement mieux armée que la banque, représentée par un préposé dépourvu de toute formation juridique.

Ces deux constats - confiance du client investie dans la personne de son conseil et compétence du conseil parfois plus importante que celle du préposé de la banque - nous conduisent à estimer que dans une telle circonstance, le devoir de conseil pèse sur le conseil du client et non sur le banquier.

Les tribunaux ne semblent admettre une telle conclusion qu'en présence d'un dirigeant et l'écartent lorsque le client est un particulier. S'agissant du dirigeant, la Cour de cassation a estimé qu'il ne pouvait rechercher la responsabilité de la banque pour octroi d'un concours abusif, puisque, au moment de la souscription du crédit, il bénéficiait des conseils d'un service spécialisé (303). Elle a énoncé, en revanche, que l'obligation d'information pesant sur le souscripteur d'une assurance de groupe ne pouvait être limitée par l'intervention d'un intermédiaire en l'espèce, un courtier (304). La solution est identique lorsque le banquier, chargé de la gestion d'un portefeuille, invoque la compétence du mandataire de son client (305).

(301) – Civ. 1^{ère}, 2 Avril 1997, Bull. n° 132, p. 88. Ainsi, l'avocat ne peut invoquer le silence conservé par l'avoué, pour échapper à sa responsabilité pour manquement à son devoir de conseil sur l'opportunité d'interjeter appel d'un jugement, même si le ministère d'avoué est obligatoire. Or, celui-ci est pourtant investi d'une mission d'assistance (Article 413 du Nouveau Code de procédure civile), qui comprend notamment le pouvoir et le devoir de conseiller la partie (article 412 du même Code). De même, l'intervention d'un notaire ne dispense pas l'avocat de son devoir de conseil (Civ. 1^{ère}, 7 Juillet 1998, n° 1287, npb).

(302) – Pour une analyse du droit applicable à cette situation, Voir M. Fabre-Magnan, Thèse préc. p. 207 s.

(303) – Com. 18 Février 1997, Bull. n° 53, p. 47.

(304) – Civ. 1^{ère}, 9 Décembre 1997, Bull. n° 356, p. 240 et Resp. Civ. et Ass. 1998, Com. n° 172, obs. G. Courtieu.

(305) – Com. 9 Avril 1996, D. Aff. 1996. 646.

Il faut toutefois noter que sur ce point, la Cour de cassation fait preuve de la même sévérité à l'égard du banquier qu'à l'égard d'autres professionnels et notamment du notaire (306).

Mais il n'en reste pas moins qu'à notre sens, et pour les raisons qui viennent d'être exposées, le client assisté d'un conseil ne peut rechercher la responsabilité du banquier pour manquement à son obligation de conseil.

Qu'il connaisse personnellement l'information en cause ou qu'il soit assisté d'un conseil, le client du banquier, lorsqu'il est informé, ne peut reprocher à son cocontractant un manquement à son devoir de conseil. Il en va de même lorsque le client n'a pas de décision à prendre, l'information étant alors inopérante.

Dans ces deux hypothèses, le client n'est exposé à aucun risque en sorte que la protection qu'il recherche en revendiquant le bénéfice d'une obligation de conseil, est injustifiée et doit lui être refusée.

Mais cette conclusion n'est pas propre aux situations où le client est à l'abri de tout risque. Il arrive en effet que même exposé à un danger, il ne puisse bénéficier d'aucune protection de la part du banquier.

Paragraphe II

La protection injustifiée malgré la présence d'un risque pour le créancier.

Dans certaines circonstances, le droit positif dénie au partenaire de la banque toute protection malgré le risque auquel il est exposé. On considère alors que le risque de l'opération doit peser non sur le banquier mais sur son client.

Nous avons recensé deux hypothèses dans lesquelles le risque pèse sur le partenaire de la banque : lorsque celui-ci ignore illégitimement l'information en cause (A) et lorsque la banque ignore légitimement cette information (B).

A

Le créancier de l'obligation d'information ou de conseil n'ignore pas légitimement le risque

Les hypothèses où celui qui se prétend créancier d'une obligation d'information ou de conseil ignore illégitimement l'information peuvent être regroupées en deux catégories la première, très générale, est celle où l'information fait l'objet d'une publication (a), la seconde, plus spécifique, se réalise lorsque le titulaire d'un compte titre néglige de se renseigner

(306) – Civ. 1^{ère}, 3 Mars 1998, Bull. Civ. n° 93, p. 62 ; Civ. 1^{ère}, 9 Juin 1998, Bull. n° 205, p. 141.

auprès de la banque (b).

a

L'information fait l'objet d'une publication.

En principe, le banquier n'est pas tenu de transmettre une information ayant fait l'objet d'une publication. En effet, avec la publication, l'information est mise à la disposition de tous. Dès lors, il appartient à chacun de la rechercher, s'il l'estime nécessaire.

Après avoir justifié le principe (1°), nous présenterons une exception (2°).

1°

Le principe.

En principe, on ne peut être tenu de transmettre une information qui a fait l'objet d'une publication. La Cour de cassation le rappelle en ces termes (307) :

« L'obligation de conseil ne s'appliquait pas aux faits qui sont de la connaissance de tous ».

Il est vrai que cette décision a été rendue à propos d'un contrat d'entreprise, mais la généralité de ses termes permet de tenir la solution qu'elle édicte pour un véritable principe.

En effet, ce principe s'applique à l'ensemble des textes formant le droit positif : « nul n'est censé ignorer la loi ». La maxime signifie que l'on ne peut se retrancher derrière sa propre ignorance de la loi pour échapper à ses conséquences.

En d'autres termes, chacun doit se renseigner sur l'existence et l'étendue des droits que lui confère la loi et en matière contractuelle, une partie n'a pas à attendre de l'autre qu'elle l'informe de ses droits.

Mais les tribunaux appliquent avec une grande souplesse cette maxime et ceci est justifié par les difficultés d'accès à la connaissance de la loi (la publication au Journal Officiel ne suffisant pas à assurer une connaissance effective de la loi par l'ensemble de la population) et la complexité des textes. En outre, l'internationalisation croissante des sources du droit rend encore plus utopique la présomption de connaissance du droit positif exprimée par la maxime « nul n'est censé ignorer la loi ». Cette réalité est prise en compte par une jurisprudence constante du Conseil constitutionnel, selon laquelle l'accessibilité et l'intelligibilité de la loi constituent « un objectif à valeur constitutionnelle » (308).

(307) – Civ. 3^{ème}, 20 Novembre 1991, Bull. n° 284, p. 167.

(308) – Tête de série, décision 82-14 DC du 27 Juillet 1982, Rec, p. 38 ; Voir aussi M.A. Frison-Roche et W. Baranès, Le principe constitutionnel de l'accessibilité et de l'intelligibilité de la loi, D. 2000. Chron. 361.

Ainsi la jurisprudence a-t-elle admis non seulement l'erreur sur le droit, mais encore l'obligation pour le professionnel d'informer le profane de la réglementation à laquelle est soumise son activité (309).

En droit bancaire, cette obligation d'information existe aussi. Il a été jugé que le banquier doit informer l'emprunteur adhérent à une assurance de groupe qu'en cas de refus d'agrément de sa personne par l'assureur, il peut demander la résolution du prêt (310).

Cette obligation d'information revient à écarter purement et simplement la maxime présumant la connaissance de la loi.

Or, dans les situations examinées, le client de la banque avait en sa possession des informations qui devaient attirer son attention sur l'application d'une règle de droit et, sans doute, l'inciter à interroger le banquier sur ce point. L'emprunteur adhérent à qui l'on notifie un refus d'agrément devrait s'interroger sur les conséquences de ce refus sur le maintien du prêt et, éventuellement, s'adresser à la banque pour obtenir les renseignements qui lui font défaut.

Par conséquent, il nous semble que, au lieu de mettre à la charge de la banque l'obligation de délivrer spontanément une information à son client, les tribunaux pourraient limiter cette obligation à la fourniture de l'information sur demande du client uniquement. C'est en effet à ce dernier qu'il appartient de veiller à la sauvegarde de ses intérêts et en conséquence, d'interroger la banque ou toute autre personne sur l'étendue de ses droits.

Cette suggestion paraît d'autant plus raisonnable qu'elle a déjà été appliquée en jurisprudence. C'est ainsi que les tribunaux décident que le banquier qui a consenti un prêt immobilier n'avait pas à informer l'emprunteur que l'opération immobilière envisagée par ce dernier ne remplissait pas les conditions nécessaires pour bénéficier des avantages fiscaux prévus par la loi Malraux (311), la Cour de cassation précisant qu'il appartenait à l'emprunteur de « veiller au respect des conditions édictées en pareille matière par le Code général des impôts ».

Par un arrêt du 13 février 2001 (312), la Cour de cassation a confirmé cette solution, en énonçant que « l'erreur sur un motif du contrat extérieur à l'objet de celui-ci n'est pas une cause de nullité de la convention, quand bien même ce motif aurait été déterminant ». Dans cette affaire, la Haute Juridiction a estimé que les avantages que l'emprunteur attendait de la loi Malraux constituaient un motif de la convention et non son objet.

(309) – Par ex. : Civ. 1^{ère}, 28 Février 1989, Bull. n° 102, p. 65.

(310) – Civ. 1^{ère}, 8 Juin 1994, R.G.A.T 1994. 852, note J. Kullmann.

(311) – Com. 18 Novembre 1997, (npb) R.D.B.B 1998. 12 note F. Crédot et Y. Gérard. Dans le même sens, Paris, 15^{ème} Ch. A, 27 Novembre 1998, R.D.B.B 1998. 12 obs. F. Crédot et Y. Gérard.

(312) – Bull. n° 31, p. 20.

En revanche, sont critiquables les décisions par lesquelles la cour d'appel de Paris a retenu la responsabilité du banquier pour ne pas avoir informé le client auquel elle avait consenti un prêt destiné à l'acquisition de parts quiritaires de deux navires, de la perte par la société venderesse, de l'agrément de la COB nécessaire pour ce type d'investissement (313).

Un arrêt de la cour d'appel de Paris, statuant dans le même sens, a été frappé d'un pourvoi en cassation, rejeté le 3 juillet 2001 par la Chambre commerciale. Commentant cette décision, le conseiller Leclercq écrit que l'existence de l'obligation d'information a été appréciée « indépendamment de toute considération de l'aptitude des intéressés à rechercher eux-mêmes des informations à ce sujet » (314). Il nous semble qu'au contraire, une obligation d'information ne peut être caractérisée que si celui qui s'en prétend créancier n'avait pas les moyens de se procurer par lui-même l'information en cause. Or, dans cette affaire, Le retrait décidé par la COB devait faire l'objet d'une publication dont le client pouvait prendre connaissance.

Une critique identique peut être adressée à l'encontre de la jurisprudence qui impose au banquier d'informer le propriétaire de valeurs mobilières de la possibilité de transformer ces titres de manière à bénéficier d'un seuil de non-imposition (315). En effet, la législation fiscale applicable aux valeurs mobilières avait été largement diffusée par les médias.

Nous en déduisons que la responsabilité bancaire n'était pas engagée, l'information étant réalisée par voie de publication.

Les mêmes raisons nous conduisent à faire preuve de réserve quant au bien fondé de l'obligation de conseil du banquier sur les conséquences du passage à l'euro, que certains ont appelé de leurs vœux (316).

2°

Les exceptions : l'existence d'un devoir de conseil.

En étudiant le devoir de conseil nous sommes arrivés à la conclusion que le professionnel est tenu de délivrer un conseil dès lors que la seule transmission d'une information, brute, ne lui permet pas d'être suffisamment éclairé pour prendre une décision.

Lorsqu'une information, même publiée, ne suffit pas à éclairer le consentement du partenaire de la banque, celle-ci doit la compléter par un conseil.

(313) – Paris 15^{ème} Ch. B, 10 Novembre 1998 RDBB 1999. 12 obs. F. Crédot et Y. Gérard.

(314) – P. Leclercq, obs. sous Com. 3 Juillet 2001, n° 98-18.842, Droit 21, 2001, AJ, 282.

(315) – Paris 8^{ème} Ch. D. 5 Février 1998. RDBB 1999. 29, note crit. F. Crédot et Y. Gérard.

(316) – A. Goix et M. Favéro, l'obligation de conseil du banquier prestataire de services d'investissement face à l'euro, Droit et Patrimoine octobre 1999. 33.

Par conséquent, lorsque le banquier est tenu d'un devoir de conseil, il ne peut invoquer le fait que l'information a été publiée puisque cette information ne suffisait pas ; elle devait être complétée par un conseil.

b

L'absence de devoir de conseil du teneur de compte conservateur.

Les obligations d'information et de conseil ont connu de profondes évolutions. En ce qui concerne le domaine de l'obligation d'information ou de conseil du banquier simple teneur de compte, la jurisprudence rencontre actuellement des difficultés pour déterminer les informations qui doivent être communiqués par les banques.

Les tribunaux décident que seules les informations relatives à la vie du titre doivent être communiquées. Il s'agit, par exemple, des regroupements de titres (Com. 14/12/1965, Bull. 1965, n° 643, p. 577) et du tirage des titres amortis (Ti : Saint-Étienne 26/11/1980, D. 1981. IR. 507, obs. Vasseur).

B

Le débiteur de l'obligation de l'information ignore légitimement le risque.

On ne peut reprocher au banquier de ne pas avoir transmis une information qu'il ignorait légitimement.

On sait, en effet, qu'il n'existe pas à la charge du banquier, une obligation de se renseigner générale. Par ailleurs, les principes gouvernant le devoir de vigilance dispensent le banquier de rechercher certaines informations en l'absence d'anomalie apparente. Enfin, la banque ne peut être tenue de divulguer une information couverte par le principe de non-immixtion ou par le secret bancaire.

Sous-Section II

La place du devoir de conseil dans l'appréciation de la responsabilité du banquier dispensateur de crédit.

L'octroi d'un crédit comporte plusieurs étapes. En premier lieu, le banquier doit vérifier que le crédit est adapté à la situation de l'emprunteur. En deuxième lieu, le prêteur doit porter à la connaissance de son client les éléments essentiels de la convention qu'il envisage de signer, afin que ce dernier puisse donner un consentement éclairé. En dernier lieu, le banquier peut-être tenu d'attirer l'attention de son client sur les risques financiers que l'opération présente pour lui.

A chacun de ces stades, le banquier est tenu d'obligations différentes.

Par conséquent, nous rechercherons, pour chaque étape de l'octroi de crédit, quelle est parmi les différentes obligations de la banque, la place de l'obligation de conseil, ce qui amène à distinguer l'appréciation de l'opportunité du crédit (A) les éléments essentiels de la convention de crédit (B) et enfin, les risques liés à l'opération de crédit (C).

Mais au préalable, s'impose un rappel des hypothèses dans lesquelles un crédit est susceptible d'engager la responsabilité de la banque.

Paragraphe I

Les crédits susceptibles d'entraîner la responsabilité de la banque.

La situation la plus classique est celle où l'entreprise créditée se trouve en situation irrémédiablement compromise. Le crédit a alors pour effet de prolonger artificiellement la survie de l'entreprise bénéficiaire et de lui donner l'apparence d'une solvabilité qui va inciter les tiers à contracter avec elle. Lorsque l'entreprise ne sera plus en mesure de faire face à ses engagements, une procédure collective sera ouverte à son égard et les tiers ayant contracté avec elle agiront en responsabilité à l'encontre du banquier.

La question de savoir en outre si l'octroi d'un crédit abusif engage la responsabilité du banquier à l'égard du crédit divise les auteurs. Certains reconnaissent qu'en cas de procédure collective, l'administrateur dispose d'une compétence partagée avec le représentant des créanciers, d'autres se prononcent en faveur de l'incompétence de l'administrateur.

Sous l'empire de la loi du 13 juillet 1967, relative au règlement judiciaire et à la liquidation des biens, la Cour de cassation (Com. 7 Janvier 1976, Laroche, J.c.p. 1976. G. II. 18327) avait admis la recevabilité de l'action du syndic agissant au nom du débiteur, mais par un arrêt de principe du 5 Janvier 1999 (317) rendu sous l'empire de la loi du 25 janvier 1985, la Haute Juridiction a modifié sa position pour décider que l'action de l'administrateur en responsabilité pour soutien abusif n'était pas recevable faute pour la société administrée, bénéficiaire du crédit, de justifier un préjudice.

Cette solution doit être approuvée car à l'égard du crédit, le concours apparaît comme une dernière chance ; une société ne subit aucun préjudice du fait de la prolongation artificielle de sa survie. En outre, le bénéficiaire du crédit, contrairement aux tiers, n'est pas susceptible d'avoir été trompé par une apparence de solvabilité puisque mieux que quiconque, il connaît (ou doit connaître) sa situation financière.

(317) – Com. 5 Janvier 1999, Bull. n° 3, p. 3, J.c.p. 1999 E 301 ; R.T.D.Com. 1999. 476, obs. M. Cabrillac ; Quot. Jur. 1999, n° 18, p. 8, obs. P. M.

La responsabilité pour octroi de crédit fautif est également engagée lorsque le crédit n'est pas en mesure de rembourser le crédit, soit que les sommes empruntées sont disproportionnées à ses capacités de remboursement (318), soit que le crédit est trop cher en raison de son taux d'intérêts élevé ou de l'importance des sûretés qui le garantissent (319). Dans tous ces cas, la banque engage sa responsabilité indépendamment de savoir si son client est en situation irrémédiablement compromise (320).

L'appréciation de la capacité financière du client appartient à la banque. Celle-ci doit vérifier ne serait-ce que dans son propre intérêt - que le crédit sera remboursé.

La responsabilité du banquier peut-elle être recherchée par les tiers, dans cette hypothèse ? Pour qu'une telle action prospère, il faudrait que les créanciers aient subi un préjudice et démontrent que si le crédit litigieux n'avait pas été accordé, ils n'auraient pas contracté avec le débiteur.

(318) – Crédit excessif, indépendamment de savoir si le débiteur était en situation irrémédiablement compromise : Com. 2 Mai 1983 D. 1984, IR. 11, note F. Derrida. Il s'agit là d'une décision ancienne et très isolée. Plus récemment, Civ. 1^{ère} 8 Juin 1994, Bull. n° 206, p. 150 ; M.-A. Péano, L'établissement de crédit et le pauvre emprunteur, Resp. Com. et Ass. 1994, Chron 31 ; M. Cabrillac R.T.D.Com. 1995. 17; R.D.B.B 1994. 173, note F. Crédot et Y. Gérard; J.c.p. N. 1995. J. 1003 et J.c.p. E. 1995. II. 652, note D. Legeais Civ. 1^{ère}, 27 Juin 1995, Bull. n° 287, p. 200 ; J.c.p. E. 1996. 11. 772, note D. Legeais R.D.B.B 1995. 195, note F. Crédot et Y. Gérard D. 1995. J. 621, note S. Piédelièvre R.T.D.Com. 1996. 100, note M. Cabrillac R.T.D.Civ. 1996. 385, obs. J. Mestre ; Les Petites Affiches 29 Novembre 1996. 26, note D. Arlié ; Rép. Def 1996. 689, étude E. Scholastique ; Quot. Jur., 14 Novembre 1995. 6. obs. anonymes ; R.J.D.A 1995. 1079, obs. anonymes ; Com. 18 Février 1997, Bull. Civ. n° 53, p. 47, sol. a contrario : la Cour de cassation approuve la Cour d'appel d'avoir décidé que la charge mensuelle du remboursement, 6.148 francs (soit 73.776 francs par an), n'était pas excessive compte tenu de ce que les bilans présentaient, en 1987, un bénéfice de 259 000 francs et en 1988, de 288 000 francs. Mais en sens inverse : par un arrêt du 25 Janvier 2000 (Bull. n° 18, p. 14), la Chambre commerciale a décidé que la banque n'avait pas à conseiller ni à vérifier l'adéquation des capacités de remboursement d'un agriculteur, au moment où celui-ci s'installe, en l'absence de textes spéciaux édictant une telle obligation ; voir aussi Versailles, 30 Juin 2000, Ouzilou c. Banque Scalbert Dupont, RG n° 98/028281, J.c.p. E. 2000. 1685. Selon cet arrêt, l'octroi d'un crédit excessif au regard de l'endettement de l'emprunteur ne constitue pas une faute.

(319) – J. Stoufflet, L'ouverture de crédit, opcit. N° 6 ; Poitiers, 2 Février 1994, CIO / Montay, Juris-Data n° 052408 ; Com. 26 Janvier 1993, R.T.D.Com. 1993. 345, obs. M. Cabrillac et B. Teyssié.

(320) – Com. 26 Janvier 1993, (npb), R.T.D.Com. 1993. 345, note M. Cabrillac et B. Teyssié ; Quot. Jur. 9 Mars 1993. 6 ; Com. 29 Mars 1994, Bull. n° 134, p. 104.

En pratique, une telle situation est rare. Généralement, le crédit inadapté aux facultés de remboursement a pour effet de désorganiser l'entreprise. Ainsi, celle-ci est-elle contrainte, pour faire face aux échéances de remboursement, de puiser de manière excessive dans sa trésorerie ou dans des réserves constituées à d'autres fins. Le crédit sera, par ailleurs, confronté à des difficultés pour régler les autres créanciers et devra alors leur demander des délais de paiement. Le crédit fautif n'a donc pas pour effet de donner une illusion de solvabilité mais au contraire, épuise de manière excessive le crédit de l'entreprise, ce dont les tiers peuvent s'apercevoir (321).

En outre, lorsque le crédit n'a pas entraîné la déconfiture de l'emprunteur, le lien de causalité entre la disproportion du crédit et le préjudice des tiers est ténu, voire inexistant (322).

En définitive, tout est affaire d'espèce, les tiers peuvent, en principe, agir contre le dispensateur de crédit mais à la condition de démontrer qu'ils n'avaient pas eu connaissance de ce concours et de prouver l'existence d'un lien de causalité.

Quant au crédit, son préjudice résultant d'un concours financier inadapté à ses capacités de remboursement n'est pas contestable, en sorte qu'il justifie d'un intérêt à agir en responsabilité contre la banque.

Enfin, le banquier engage sa responsabilité lorsqu'il prête son concours à une opération frauduleuse qui porte atteinte aux intérêts des tiers (323).

Les hypothèses dans lesquelles la responsabilité du banquier peut être engagée ayant été rappelées, il faut rechercher quelle est, dans l'appréciation de cette responsabilité, la place respective du devoir de vigilance, de l'obligation d'information et du devoir de conseil.

La première étape de cette recherche concerne l'appréciation par la banque de l'opportunité du crédit.

(321) – Voir, par exemple, Com. 18 Juin 1996, Bull. n° 174, p. 150 ; J.c.p. 1996.II. 896. note D. Legeais : A l'appui de son action en responsabilité contre la banque, le liquidateur judiciaire d'un emprunteur avait notamment invoqué la disproportion entre le montant du crédit et « la surface financière » du bénéficiaire du crédit. La Cour de cassation a censuré l'arrêt qui avait accueilli cette demande car le crédit avait été consenti dans des conditions normales et surtout, les tiers connaissaient la situation financière de l'emprunteur et de son fonds de commerce.

(322) – Voir par exemple Com. 15 Novembre 1994, J.c.p. 1995. E. II. 673, note Y. Guyon : les vendeurs d'actions d'un montant de 65 millions de francs avaient agi en responsabilité à l'encontre du banquier qui avait accordé à l'acquéreur un prêt permettant l'acquisition des titres au motif que ce crédit était excessif au regard des fonds propres de l'acquéreur. Rejet de leur action au motif que le financement n'était pas à l'origine de la défaillance de l'emprunteur. L'annotateur écrit que « la leçon qui se dégage de l'arrêt est celle du bon sens ».

(323) – Gavalda, Crédits irréguliers dits parfois « crédits noirs », mélanges M. Cabrillac, Dalloz Litec, p. 469.

Paragraphe II

L'opportunité du crédit.

Lorsque le banquier accorde un crédit inopportun, sa responsabilité peut, dans certaines circonstances qu'il convient de préciser, être engagée à l'égard de son client ou des tiers.

Le fondement de cette responsabilité (A) permettra de déterminer les obligations du banquier et ce faisant, de préciser les limites de sa responsabilité (B).

A

Le fondement de la responsabilité du banquier.

Plusieurs mécanismes permettent de justifier la responsabilité du banquier dispensateur de crédit : il lui est parfois reproché d'avoir manqué à son obligation d'information, à son « devoir de conseil », ou encore, d'avoir fait preuve de légèreté, ce qui traduit une méconnaissance du « devoir de vigilance ». La jurisprudence n'est pas homogène. Les tribunaux retiennent tantôt le manquement à un devoir d'informer et/ou de conseiller (324), tantôt le devoir de vigilance (325) parfois les deux (326). Les auteurs sont

- (324) – Civ. 1^{ère}, 7 Novembre 1979, sol a contrario (npb) D. 1980. 214, obs. Vasseur ; TI Bordeaux 23 Juin 1988 et 16 Février 1989, R.D.B.B 1990. 42, obs. F. Crédot et Y. Gérard et R.T.D.Civ. 1990. 477, obs. J. Mestre ; Com. 11 Décembre 1990, RDBB 1991. 98, obs. F. Crédot et Y. Gérard ; Com. 4 Juin 1991, (npb) RDBB 1992. 151, obs. F. Crédot et Y. Gérard et D. 1993. Som. Com. 55. obs. Vasseur ; Civ. 1^{ère} 27 Juin 1995, préc. à la note de bas de page n° 856 ; Com. 18 Février 1997, Bull. n° 52, p. 46 et Droit et Patrimoine octobre 1997. 71, n° 1783, obs. B. S. A. ; TGI Paris, 11^{ème} Ch. 5 Octobre 1998, Banque et Droit Mars-Avril 1999. 51, note J.-L. Guillot.
- (325) - Civ. 1^{ère} 8 Juin 1994 préc. à la note de bas de page n° 856 ; Com. 4 Novembre 1977, sol. impl., D. 1979. IR. 1, obs. F. Derrida ; J.c.p. 1979. I. 2965, Chronique de Droit bancaire n° 71, obs. Gavalda et J. Stoufflet Com. 27 Avril 1982, Banque 1982. 1516, note L. M-Martin ; Montpellier 13 Octobre 1983, D. 1985 IR Som. Com. 331, obs. Vasseur. (Selon l'arrêt, la banque aurait dû soit refuser le concours, soit examiner la comptabilité de la société emprunteuse. Pas d'obligation d'information ici) ; TGI Nîmes, 18 Janvier 1987, sol. à contrario, RDBB 1988. 129, obs. F. Crédot et Y. Gérard ; Aix en Provence, 9 Mai 1989, sol. à contrario, RDBB 1991. 99, obs. F. Crédot et Y. Gérard ; Com. 26 Mars 1996 Bull. n° 95, p. 79 ; J.c.p. 1996, E. Pan. 612 ; D. Aff. 1996. 580 ; Banque et Droit Novembre-Décembre 1996. 40 ; Civ. 1^{ère}, 25 Mars 1997, Bull. n° 102, p. 67 ; J.c.p. 1997. E, I. 517 ; Dijon 18 Septembre 1997, Les Petites Affiches du 21 Janvier 1998, p. 28, note D. R. Martin ; Com. 15 Juin 1999, (npb) R.D.B.B 1999. 1986, note F. Crédot et Y. Gérard.
- (326) – Com. 16 Janvier 1996, (npb), sol. impl. Quot. Jur. 21 Mars 1996, p. 3 ; R.P.C. 1996. 393, obs. A. Martin-Serf ; Com. 18 Février 1997, Bull. n° 52, p. 46 ; Civ. 1^{ère} 25 Mars 1997, Bull. n° 106, p. 69 ; Dijon, 30 Janvier 1998, R.T.D.Com. 1998. 654, note M. Cabrillac. Pour un exemple très net Paris 2^{ème} Ch. B, 9 Septembre 1999, RJDA 1999. 1108. Selon cet arrêt, la banque est tenue d'obligations de prudence, de discernement, d'information et de conseil.

eux aussi partagés entre le devoir de vigilance (327) et le devoir d'informer ou de « conseiller » (328).

Certains enseignent que la responsabilité est fondée sur le devoir de vigilance à l'égard des tiers et sur le devoir de conseil à l'égard du bénéficiaire du crédit (329). Entre ces différentes explications, il faut faire un choix.

Il existe toutefois un principe sur lequel un consensus très large se dégage et qui constitue le point de départ de notre réflexion : le banquier a l'obligation de refuser un crédit qui n'est pas adapté aux facultés financières de son client.

Ce principe, qui doit être justifié, nous permettra de trancher la question de savoir si la responsabilité du banquier est fondée sur le devoir de vigilance ou sur une obligation de conseil.

a

Le principe : la décision d' octroyer ou de refuser le crédit appartient au banquier.

Plusieurs raisons justifient ce principe.

- (327) –M. Cabillac, note sous Dijon, 30 Janvier 1998, R.T.D.Com. 1998. 654 ; E. Scholastique, Les devoirs du banquier dispensateur de crédit au consommateur - A propos d'un arrêt de la 1^{ère} Chambre civile de la Cour de cassation, Rép. Def 1996. 689 ; A. Gourio, L'information du consommateur dans le domaine du crédit immobilier, participation aux 8èmes "rencontres notariat - université", du 23 Novembre 1998, Les Petites Affiches du 28 Juin 1999, p. 11 s. et spéc. p. 18 et 19 ; D. Gibirila, La responsabilité civile du banquier dispensateur de crédit, Les Petites Affiches 25 Février 1994. 17 ; Gavalda et J. Stoufflet, note sous Com. 7 Janvier 1976, Laroche J.c.p 1976. G. II. 18327 ; J. Vézian, Thèse préc., p. 176 ; F. Crédot, Risque juridique et crédit bancaire aux entreprises, Les Petites Affiches 7 Juillet 1993. 10 ; L. Laurette et F. Haefele, La responsabilité des banques dans l'octroi et le retrait du crédit, Les Petites Affiches 15 Mai 1995. 4 ; S. Bienvenu, Le soutien abusif des entreprises : principes de la responsabilité du banquier, Lettre de l'observatoire consulaire des entreprises en difficultés, n° 7, Novembre 1996 ; I. Bon-Garcin, L'abus de droit dans les contrats de crédits, J.c.p. E. 1999. Cahiers de droit de l'entreprise, p. 4 (Toutefois très hésitante).
- (328) - D. Legeais, L'obligation de conseil de l'établissement de crédit à l'égard de l'emprunteur et de sa caution, mélanges AEDBF France, T. II, p, 257 ; F. Crédot, L'octroi de crédits et l'obligation de conseil du banquier, Droit et Patrimoine janvier 1994. 34 ; P. Leclercq, L'obligation de conseil du banquier dispensateur de crédit, RJDA 1995. 322 (avec quelques hésitations) ; G.-A. Likillimba Le soutien abusif -d'une entreprise en difficulté, FNDE Litec, Préf. J. Mestre, n° 66, p. 1.
- (329) - J. Stoufflet, Retour sur la responsabilité du banquier donneur de crédit, mélanges M. Cabrillac, Ed. Dalloz - Litec, 1999, p. 517 ; A. Bénabent, Les contrats spéciaux, Montchrestien, 3^{ème} Ed. n° 853 et 854 ; J.-M. Duparc, contribution à la conférence organisée le 29 octobre 1996, par la Revue banque sur le thème : « Risques juridiques et activités bancaires ».

La première tient à la liberté dont le banquier jouit pour octroyer ou refuser un crédit (330). Cette liberté est source de responsabilité : il doit supporter les conséquences dommageables qui résultent de la maladresse avec laquelle il use de sa liberté de refuser un concours.

La seconde raison est le corollaire de la première : le banquier étant libre de refuser un crédit, sa responsabilité peut être recherchée s'il a octroyé, un crédit fautif, tant par le bénéficiaire que par les tiers (fournisseurs de garantie ou créanciers). En effet, un débiteur aux abois, dont la situation financière est obérée, peut être tenté de demander un crédit à son banquier et en consentant ce concours, l'établissement de crédit prolongera artificiellement la vie de l'entreprise créditée et engagera, de ce fait, sa responsabilité à l'égard des tiers.

Parce que la décision d'accorder un soutien financier peut causer un préjudice aux tiers, la banque ne doit pas seulement dissuader son client de recourir au crédit mais doit aussi refuser son soutien.

Ce refus s'impose encore plus dans les hypothèses où le crédit est sollicité par un débiteur animé d'une intention de nuire à ses créanciers, notamment si le crédit est demandé peu de temps avant l'ouverture d'une procédure collective, au cours de la période suspecte. Alors, en consentant le crédit, le banquier se fait complice de la fraude ourdie par son client, le conseil qu'il aura proféré à l'emprunteur apparaîtra comme une défense bien faible au regard du préjudice subi par les créanciers (331).

Le banquier doit donc rester maître de la décision d'octroyer ou de refuser un crédit. A cet égard, il serait faux de croire que le banquier est tenu plus sévèrement que d'autres professionnels : depuis de nombreuses années, la jurisprudence impose, notamment à l'entrepreneur, l'obligation de refuser de contracter lorsque le projet envisagé est contraire aux intérêts du cocontractant ou des tiers (332). De même, le vendeur doit analyser les

(330) - Le banquier détient ici une liberté particulière, exorbitante du droit commun, puisqu'il n'est pas soumis aux dispositions du Livre IV du Code de commerce relatif à la liberté des prix et de la concurrence (Article 89 de la loi bancaire du 24 Janvier 1984, devenu l'Article L. 511-4 du CM&F). Par conséquent, les dispositions relatives au refus de vente ne s'appliquent pas au secteur bancaire. (Rives-Lange et Contamine-Raynaud, *opcit*, 6^{ème} Ed. n° 156 ; Gavalda et J. Stoufflet, 2^{ème} Ed., n° 384, p. 188 ; T. Samin, *Les aspects juridiques de la tarification des services bancaires*, Banque et Droit Septembre-Octobre 1999. 26.). C'est ainsi qu'une banque peut refuser d'escompter un effet si son client n'accepte pas de lui fournir des renseignements utiles sur la situation du tiré (Com. 30 Novembre 1999, Bull. n° 212, p. 179).

(331) – L'arrêt Laroche en fournit un exemple topique (Com. 7 Janvier 1976, Bull. n° 6, p. 7 ; J.c.p 1976. G. II. 18327, note Gavalda et J. Stoufflet) ; voir aussi Com. 15 Juin 1999, (npb) n° 1234.

(332) - Par ex. : Civ. 1^{ère}, 4 Octobre 1961, Bull. n° 435 ; Civ. 3^{ème}, 13 Juin 1976, Bull. n° 412 ; Civ. 3^{ème}, 4 Mai 1976, D. 1977. 34, note J. Mazeaud ; Civ. 3^{ème}, 15 Décembre 1993, Resp. Civ. et Ass. Comm. N° 186.

besoins de son client (333).

Les conséquences qui résultent de ce principe vont nous permettre de déterminer le fondement de la responsabilité du banquier en cas de crédit fautif.

b

Les conséquences du principe quant au fondement de la responsabilité.

Le banquier étant tenu de refuser un crédit inadapté à la situation de l'emprunteur, on ne peut justifier sa responsabilité par le recours aux devoirs d'informer et / ou de conseiller.

En effet, nous avons expliqué qu'un devoir de conseil ou une obligation d'information n'existe que dans la mesure où le conseil ou l'information à transmettre est pertinent. Or, pour qu'une information soit pertinente, il faut que son destinataire ait une décision à prendre. Nous en avons déduit que le devoir de conseil comporte une obligation d'inciter le client à prendre une décision dans le sens préconisé par l'auteur du conseil mais n'impose pas au débiteur du devoir de conseil de prendre une décision à la place du client. Le devoir de conseil ne comporte pas d'obligation de refuser de contracter. Conseiller un client, ce n'est pas agir en son nom (334).

En matière d'octroi de crédit, il est inutile de dissuader un client de ne pas emprunter, puisque la décision d'accorder le concours n'appartient qu'à l'établissement de crédit.

En outre, faire reposer la responsabilité du banquier sur un devoir de conseil revient à présumer que si le conseil avait été donné, il aurait été suivi. Or, cette présomption nous paraît excessivement optimiste (335) : Pour qu'il y ait présomption, il faut que la coïncidence avec la vérité ne soit pas exclue (336), ce qui ne nous semble pas être le cas ici.

En effet, l'une des principales causes de défaillance des entreprises tient précisément au traitement tardif des difficultés financières (337). Les dirigeants ont des réticences aisément compréhensibles à admettre que la situation de l'entreprise dont ils assurent la gestion est irrémédiablement compromise. Pour eux, la tentation est grande de croire qu'un

(333) – Par ex.: Civ. 1^{ère}, 7 Avril 1998, Bull. n° 150, p. 99.

(334) – Voir C. Scrivener, La médiation, procédure d'exception, Banque Magazine Septembre 2000. 18, pour laquelle « informer et conseiller ne signifie pas, pour la banque, se substituer au client dans la prise de décision ».

(335) – Par exemple, il a été jugé que l'absence de garantie constituait, de la part du notaire rédacteur d'un acte de prêt, un manquement à son « devoir d'information et de conseil » à l'égard du prêteur (Civ. 1^{ère}, 14 Janvier 1997, Bull. n° 18, p. 10). Mais on ne peut savoir, dans l'hypothèse où le conseil aurait été donné, si le prêteur aurait pu obtenir de son débiteur qu'il lui procure une garantie.

(336) – Ch. Perelman Logiquejuridique, Dalloz 2ème Ed. n° 35, p. 61.

(337) – Rapport du Conseil national du crédit sur le financement de la très petite entreprise, novembre 1992, p. 87. Sur les insuffisances du régime de prévention des difficultés des entreprises, voir l'intervention de Me Meille au colloque de l'AFFIC du 10/12/1992.

crédit supplémentaire constituera une nouvelle chance d'éviter le naufrage. Le recours au crédit devient alors un réflexe "naturel", voire de "survie", ce qui nous conduit à douter que les conseils du banquier, aussi appuyés soient-ils, suffisent à décourager le dirigeant.

On observera, au demeurant, que le raisonnement des juges qui fondent la responsabilité du banquier dispensateur de crédit sur l'obligation d'information ou le devoir de conseil n'est pas toujours rigoureux.

Ainsi peut-on lire, dans une décision de la Cour d'appel de Paris, que « le fait pour une banque de maintenir l'ouverture de crédit consentie à une entreprise cliente de longue date sans en consentir une nouvelle, ne constitue pas un manquement à son devoir d'information» (338). Une autre Cour d'Appel a reproché à un banquier de ne pas avoir informé la caution ... de ce qu'elle soutenait abusivement l'activité du débiteur principal ! (339).

L'absence de conseil ou d'information est insusceptible de justifier la responsabilité du dispensateur de crédit, laquelle est fondée, à notre sens, sur « le devoir de vigilance » : c'est la légèreté blâmable dont le banquier fait preuve en octroyant un crédit qui justifie qu'il doive en réparer les conséquences.

Une fois que la décision d'octroyer un crédit est prise, il faut déterminer le type de crédit le plus approprié à la situation du client. Pour les mêmes raisons que celles qui viennent d'être exposées à propos de la décision d'octroyer un concours, celle relative au choix du crédit appartient, elle aussi, au banquier seul, en sorte que sa responsabilité pour un choix défectueux du type de crédit est, elle aussi, fondée sur le devoir de vigilance.

Nombreux sont pourtant les auteurs qui se prononcent en faveur d'un devoir de conseil en matière de crédit, à la charge du banquier (340). D'autres estiment, toutefois, que la responsabilité du banquier est fondée sur le devoir de vigilance ou le discernement.

Le professeur Cabrillac, dans son commentaire de l'Arrêt C.F.F c. époux Garcia du 27 Juin 1995, doute du bien fondé de la solution qui consiste à justifier la responsabilité du banquier par le manquement à son devoir de conseil à l'égard de l'emprunteur (341).

« Cette présentation est quelque peu fallacieuse, car le devoir de conseil masque ici, en réalité, le devoir de ne pas accorder un crédit que le solliciteur ne pourra manifestement pas rembourser (...). Si, en l'espèce, la mise en garde avait été faite, elle n'aurait pas suffi, peut-on penser, à exonérer le dispensateur du crédit de sa responsabilité ».

(338) – Paris, 11 Mai 1993, Juris-Data n° 021770.

(339) – Metz, 14 Mars 1996, cassé par Civ. 1^{ère} 17 Mars 1998, Bull. Civ. n° 114, p. 76. La censure n'est intervenue que pour des raisons procédurales.

(340) – Voir les références citées supra, note de bas de page n° 866.

(341) – M. Cabrillac, R.T.D.Com. 1996. 100, note sous Civ. 1^{ère} 27 Juin 1995.

Un autre auteur, E. Scholastique, s'est prononcé dans le même sens, au terme d'un commentaire du même arrêt, très remarqué (342). L'auteur écrit :

« Il ne s'agit plus d'éclairer le consentement du crédit, mais bien d'exiger que, le banquier retienne son propre consentement, et ainsi satisfasse à son devoir de vigilance. »

De son côté, A. Gourio écrit que l'obligation de conseil « recouvre en réalité un concept dégagé depuis fort longtemps par la jurisprudence dans le domaine du crédit aux entreprises : le devoir de discernement, déclinaison de l'obligation générale de prudence, qui impose au prêteur d'accorder des crédits en rapport avec les facultés de remboursement de l'emprunteur » (343). Depuis, l'auteur a consacré un important article à cette question, dans lequel il conclut, au terme d'une solide démonstration, que le concept de conseil est inadapté à l'octroi d'un crédit.

Citons également D. Arlié (344), selon lequel « la Haute Juridiction encourt le reproche de préserver la liberté de décision de l'emprunteur en faisant référence au devoir de mise en garde du prêteur et non à l'obligation de ne pas consentir un crédit excessif, sans doute pour ne pas être en contradiction avec la législation consumériste qui donne à l'emprunteur les moyens de mûrir sa décision. En réalité, c'est dans le devoir de refuser un tel crédit que réside la meilleure protection de celui-ci » (345).

Enfin, quelques jours après la décision du 27 Juin 1995, commentée par M. Cabrillac et E. Scholastique, la Première Chambre civile a décidé par un arrêt du 4 juillet 1995 (346), qu'en consentant un prêt d'un montant excessif au regard des ressources de l'emprunteur, la banque avait fait preuve de légèreté blâmable et engagé sa responsabilité à l'égard de l'emprunteur. Il faut également citer un arrêt du 15 Juin 1999 par lequel la Chambre commerciale a sanctionné un banquier pour soutien abusif, au motif qu'il avait manqué de vigilance (347). Si les décisions se référant au devoir de conseil du banquier au moment de l'octroi d'un crédit sont nombreuses (348), force est de constater que la jurisprudence n'est pas encore fixée. En outre, il semble que les solutions varient en fonction du fondement invoqué par le demandeur à l'appui de son action en responsabilité.

(342) – L'information du consommateur dans le domaine du crédit immobilier, participation aux 8^{ème} "rencontres notariat - université", du 23 Novembre 1998, Les Petites Affiches du 28 Juin 1999, p. 11 et spéc. p. 19.

(343) – La responsabilité civile du prêteur au titre de l'octroi d'une crédit à un particulier, RDBF. 2001. 50.

(344) –D. Arlié, Du particularisme du droit de la consommation et de ses limites : à propos de divers enseignements jurisprudentiels en matière de crédit immobilier, RJDA -2000.3.

(345) – C'est surtout, à notre sens, ici que réside la seule protection des tiers.

(346) – Civ. 1^{ère}, 4 Juillet 1995, (npb) RDBB 1996. 52, note F. Crédot et Y. Gérard.

(347) – Com. 15 Juin 1999, (npb) RDBB 1999.1986, note F. Crédot et Y. Gérard.

(348) – Voir Stoufflet, DP. 1999, p. 592.

Retenir le devoir de vigilance plutôt que le devoir de conseil comme fondement de la responsabilité du banquier dispensateur de crédit a pour effet de rendre plus objective l'appréciation de cette responsabilité et donc, de la renforcer. En effet, la banque ne pourra invoquer, pour échapper à sa responsabilité, la connaissance ou l'expérience du crédit (349). Il n'y a pas lieu de s'en étonner.

En effet, il ne faut pas perdre de vue que la responsabilité de la banque pour octroi de crédit ne peut être retenue que dans la mesure où la banque connaît la situation irrémédiablement compromise de l'emprunteur ou bien lorsqu'elle sait que ce denier n'est pas en mesure de rembourser le crédit.

En d'autres termes, pour que le concours soit fautif, il faut que la banque décide sciemment de financer une entreprise dont elle connaît la situation irrémédiablement compromise ou bien dont elle sait que sa situation financière ne lui permettra pas d'effectuer le remboursement. Dans de telles hypothèses, peut-on admettre que les connaissances et l'expérience du dirigeant exonèrent la responsabilité de la banque ? Faut-il accepter que la banque puisse, en connaissance de cause, consentir un concours qui aura pour effet de prolonger artificiellement la vie de l'entreprise ou bien un crédit qui ne sera pas remboursé, au seul motif que l'emprunteur est une personne morale, dotée de services juridiques, comptables et financiers compétents ?

Nous ne le pensons pas ; le concours est fautif, quelles que soient les connaissances et l'expérience du bénéficiaire du crédit.

Le recours à l'obligation d'information et / ou au « devoir de conseil » pour justifier la responsabilité du banquier dispensateur de crédit permettrait également de préciser les limites de cette responsabilité : les auteurs et les tribunaux estiment, par exemple, que la responsabilité n'est pas engagée à l'égard du dirigeant qui connaissait la situation financière de son entreprise. Puisque nous avons substitué à ce fondement le devoir de vigilance, il nous appartient de rechercher quelles sont les limites de la responsabilité du banquier lorsqu'elle est fondée sur ce devoir.

Pour procéder à cette recherche, nous avons choisi de déterminer la nature et l'étendue des obligations du banquier, lorsqu'il vérifie l'opportunité du crédit qu'il s'apprête à consentir.

(349) – Pour une illustration jurisprudentielle, voir Com. 18 Juin 1996, J.c.p E. 1996. II. 896 note D. Legeais.

B**La nature et l'étendue des obligations liées
à l'appréciation de l'opportunité du crédit.**

La responsabilité du banquier qui a commis une erreur d'appréciation de l'opportunité de son concours varie en fonction des types de crédit. Une présentation des principes généraux (1) précédera l'exposé de quelques cas particuliers (2).

La décision d'octroyer un crédit est complexe et nécessite une collaboration entre la banque et son client. En effet, cette décision se situe aux confins des activités exercées par chacun des deux partenaires : elle nécessite que la situation du client soit appréciée sur le plan financier (appréciation qui relève de la compétence du banquier) et sur le plan de la gestion (appréciation qui relève de la compétence du client).

Il appartient à la banque de présenter à son client une offre de crédit adaptée à ses capacités de remboursement. Ensuite, c'est au candidat au crédit qu'il incombe de vérifier que l'offre faite par la banque correspond à ses besoins et qu'elle lui permettra de mener à bien l'opération financée.

Nous en déduisons que la banque doit vérifier si le crédit est adapté à la situation financière de son client. Et si cette situation est irrémédiablement compromise, s'il est acquis que le crédit ne pourra être remboursé, alors le banquier a l'obligation de lui refuser son concours.

En revanche, la banque n'a pas, selon-nous, à s'assurer que le crédit soit économiquement adapté, c'est-à-dire qu'il permette au crédit de parvenir au but économique pour la réalisation duquel le crédit a été souscrit.

Ces deux propositions appellent des explications complémentaires.

a**La banque doit contrôler l'adaptation du crédit
à la situation financière du crédit.**

La responsabilité du banquier étant fondée sur le devoir de vigilance, ses obligations sont celles qui découlent de ce devoir. En vertu du devoir de vigilance, le banquier doit contrôler que l'opération ne présente pas d'anomalie. En cas d'anomalie, il doit vérifier si celle-ci n'est qu'apparente ou si elle est bien réelle et dans cette dernière hypothèse, il doit faire tout ce qui est en son pouvoir pour éviter que l'opération anormale entraîne un préjudice pour qui que ce soit.

En matière d'octroi de crédit, les obligations du banquier sont identiques, sous réserve d'une adaptation mineure. La vérification de la situation financière de l'emprunteur et de l'adéquation du crédit à ses facultés de remboursement s'articule avec le devoir de vigilance de la manière suivante.

En toutes circonstances, le banquier doit vérifier si son client n'est pas en situation irrémédiablement compromise et si sa situation financière lui permettra de procéder au remboursement du crédit.

La jurisprudence définit avec précision ces obligations : même en l'absence d'anomalie apparente, la banque doit procéder aux vérifications d'usage en obtenant par exemple les bilans certifiés, ou une étude révélant une augmentation du chiffre d'affaires (350). Telle est l'adaptation mineure du devoir de vigilance, lorsqu'il s'applique à l'octroi de crédit.

Ensuite, les règles du devoir de vigilance s'appliquent de la même façon que pour les autres opérations : si ces premières investigations ne révèlent pas d'anomalie apparente, la banque n'a pas à effectuer d'autres recherches (351) car celles-ci seraient contraires au principe de non-immixtion (352). Lorsque la banque s'est heurtée à des difficultés matérielles l'ayant empêchée d'avoir connaissance de la situation irrémédiablement compromise, sa responsabilité n'est pas engagée (353).

Si, au terme de ces vérifications d'usage, une anomalie apparaît, alors le banquier devra pousser plus loin ses investigations et rechercher si l'anomalie n'est qu'apparente ou bien réelle (354).

La question se pose alors de savoir si ces vérifications complémentaires se heurtent au principe de non-immixtion.

(350) – TGI Paris, 11^{ème} Ch. 5 Octobre 1998, Banque et Droit Mars-Avril 1999. 51, note J.-L. Guillot.

(351) – Com. 27 avril 1982, Banque 1982. 1516, note L. M-Martin ; Com 8 Octobre 1991, n° 1179, Juridisque LAMY ; Paris, 8 Janvier 1991, Juris-Data n° 021032 ; Paris, 2 Octobre 1991, Juris-Data n° 024085 ; Com. 2 Juin 1992, MACARIO / SBP, n° 963, Juridisque LAMY : L'accroissement d'un concours résultant d'engagements nés avant que la banque ait eu connaissance de la situation irrémédiablement compromise n'est pas fautif.

(352) – Com. 16 Janvier 1996 (npb), n° 106, Juridisque LAMY; RPC. 1996. 393 note A. Martin-Serf ; Quot. Jur. 21 Mars 1996. 3.

(353) – Com. 26 Avril 1994, R.D.B.B 1995. - 14, obs. F. Crédot et Y. Gérard : en raison des difficultés organisationnelles, informatiques et comptables de la société débitrice en cours de restructuration, la banque n'avait pu avoir connaissance de la situation irrémédiablement compromise dans laquelle se trouvait cette entreprise.

(354) – Com. 26 Mars 1996, (Bull. n° 95, p. 80 ; J.c.p. 1996. E. Pan. 612 : D. Aff. 1996. 580 ; Banque et Droit Novembre-Décembre 1996. 40) ; Voir également, très net, Dijon 18 Septembre 1997, (Les Petites Affiches du 21 Janvier 1998, p. 28, note D. R. Martin) : responsabilité de la banque pour n'avoir pas effectué des vérifications plus approfondies alors que les documents qu'elle détenait laissaient apparaître des anomalies, notamment quant à l'identification de l'entreprise. Dans le même sens : Com. 15 Juin 1999, (npb) n° 1234, qui retient la responsabilité de la banque au motif qu'elle a négligé les informations de nature à l'alerter sur les pratiques frauduleuses de sa cliente.

Les auteurs y répondent en grande majorité par la négative, estimant que le principe de non-immixtion doit céder devant le devoir de vigilance (355). La jurisprudence est également en ce sens (356).

Nous partageons cette opinion. En effet, dans les rapports entre les différents devoirs généraux du banquier, lorsque les intérêts des tiers sont en cause, le principe de non-immixtion doit céder devant le devoir de vigilance.

Dès lors que l'attention du banquier a été attirée sur le caractère anormal d'une demande de crédit, l'établissement de crédit doit approfondir ses investigations et si son client lui oppose le respect du principe de non-immixtion, le crédit doit être refusé.

Il reste à trancher une question très controversée, aussi bien en doctrine qu'en jurisprudence : le banquier doit-il faire preuve d'une vigilance particulière lorsqu'il envisage de consentir un crédit à une société dont le dirigeant est incompetent ?

La jurisprudence l'admet lorsque sont réunies des « circonstances exceptionnelles » justifiant que le dirigeant ignore la situation de l'entreprise qu'il gère (357). La Cour de cassation ne précise pas quelles sont ces circonstances exceptionnelles mais pour en déterminer le contenu, on peut raisonnablement se référer à la signification que cette expression revêt en droit du cautionnement : lorsqu'en raison de circonstances exceptionnelles, la

(355) – J.-L. Rives-Lange et M. Contamine-Raynaud, 6^{ème} Ed. (P. 156) estiment que la banque n'est plus un simple exécutant et doit s'informer en dehors des cas où une anomalie apparaît. Ils écrivent « Ce devoir d'information est la négation du devoir de non-ingérence » (opcit., n° 171, p. 156). Mais par ailleurs, les mêmes auteurs indiquent que le banquier est tenu d'une obligation de se renseigner sur la situation de l'entreprise, cette obligation étant limitée par le principe de non-immixtion (op. cit. n° 654, p. 603) et énoncent que « le devoir de s'informer doit être combiné avec le devoir de non-ingérence; il ne peut être reproché à la banque d'avoir laissé le client conclure des contrats désavantageux » (note 5, p. 603). Il semble donc que la position des auteurs sur ce point ne soit pas très claire. Voir également, Vézian, thèse préc., p. 159 s. ; J.-F. Crédot, L'octroi de crédit et l'obligation de conseil du banquier, Droit et Patrimoine 1994. 34 et obs. sous Com. 18 Novembre 1997, R.D.B.B 1998.12 ; F. Grua, selon lequel, en matière de crédit, le banquier est tenu d'une obligation de se renseigner qui n'est pas limitée aux seuls cas d'anomalies apparentes, de sorte que le banquier ne peut se retrancher derrière le principe de non-immixtion (Les contrats de base de la pratique bancaire, Litec 2000, n° 55). Et l'auteur d'en conclure que le principe de non-immixtion ne peut jouer que pour des opérations de masse, standardisées par opposition aux opérations où doivent être prises en considération la personnalité et l'état des affaires du client ; plus réservé, Vasseur, note sous Com. 9 Mai 1978, 4C c./ BFCC, D. 1978. J. p. 419 et plus particulièrement p. 425, col. De droite, dernière phrase du 1^{er} Paragraphe.

(356) - Com. 11 mai 1999, BNP c. époux Meneteau, Bull. n° 95, p. 78 ; rapport de la Cour de Cassation pour 1999, 357 ; J.c.p E. 1999. 1730, note D. Legeais ; RJDA 1999. 495, conclusions M.-C. Piniot ; R.T.D.Com. 1999. 733, obs. M. Cabrillac ; RDBB 1999. 184, note F. Crédot et Y. Gérard ; Les Petites Affiches du 15 Juin 1999. 12, note L. C.

(357) – Com. 11 Mai 1999, BNP c. époux Meneteau, Bull. n° 95, p. 78 ; rapport de la Cour de cassation pour 1999, 357 ; JCP. E. 1999. 1730, note D. Legeais ; R.J.D.A 1999. 495, conclusions M.-C. Piniot ; R.D.B.B 1999. 184, note F. Crédot et Y. Gérard ; Les Petites Affiches du 15 Juin 1999. 12, note L. C.

caution dirigeant ignore la situation de la société qu'elle dirige, elle peut alors rechercher la responsabilité de la banque. Ces circonstances sont caractérisées lorsque le dirigeant est particulièrement jeune, inexpérimenté, âgé, malade, profane ou que ses fonctions sont purement nominatives.

Pour donner un fondement à cette jurisprudence, on pourrait énoncer que les circonstances exceptionnelles constituent une anomalie qui, si elle est apparente, doit éveiller l'attention du banquier. Faute de justifier qu'il a fait preuve d'une vigilance particulière, le banquier engage sa responsabilité à l'égard des tiers pour avoir consenti un crédit à une société dont le dirigeant était manifestement incompetent.

Faut-il reconnaître au dirigeant la possibilité de se prévaloir de sa propre incompetence pour reprocher à la banque d'avoir consenti un crédit à l'entreprise qu'il dirige ?

Nous ne le pensons pas.

Le dirigeant est avant tout un praticien de la vie des affaires, laquelle obéit à un impératif de rapidité et de sécurité. Il n'est pas concevable que chaque professionnel doive, avant de contracter avec une société, contrôler les capacités de son dirigeant.

Le dirigeant est un professionnel, au même titre que le banquier, et la relation de crédit entre une société et une banque est une relation entre professionnels. Certes, ils n'ont pas la même spécialité. Mais ainsi que nous l'avons expliqué, l'appréciation de l'opportunité d'un crédit se trouve à cheval sur les deux domaines de compétences : celui du financement (compétence du banquier) et celui de la gestion (compétence du dirigeant).

Il est vrai que certains dirigeants, incompetents ou inexpérimentés, souscrivent en toute bonne foi des crédits inadaptés aux capacités de remboursement de leur entreprise. Mais alors, le dirigeant commet une faute en décidant d'assumer la gestion d'une société alors qu'il n'en a pas les capacités. De même, la société commet une faute en désignant un dirigeant sans s'assurer de ses capacités de gestion. Ces fautes sont à l'origine du préjudice subi par la société. Admettre le contraire reviendrait à permettre à une société, qui a désigné pour assurer sa gestion un mauvais dirigeant, de remettre en cause tous les actes passés par celui-ci au prétexte que les tiers n'ont pas vérifié ses compétences.

Actuellement, les tribunaux n'admettent pas que la société puisse ainsi faire supporter son erreur d'appréciation des capacités du dirigeant par les tiers. Rien, à nos yeux, ne justifie qu'une telle responsabilité soit mise à la charge des banques.

Nous en déduisons qu'une société ou bien le dirigeant d'une entreprise qui n'a pas la forme d'une société ne disposent pas d'un intérêt légitime à invoquer leur propre incompetence à l'appui d'une action en responsabilité bancaire pour octroi de crédit abusif. Un tel moyen doit être écarté lorsqu'il est invoqué par le dirigeant ou la société bénéficiaire

du crédit.

Ainsi sont définies les obligations que la banque doit exécuter pour apprécier si le crédit est adapté aux capacités de remboursement de l'emprunteur. Le banquier n'a pas d'autres obligations que celles qui viennent d'être examinées ; notamment, il n'a pas à contrôler que le crédit est adapté à l'activité de son client.

b

La banque n'a pas à contrôler l'adaptation de son concours à l'activité du bénéficiaire du crédit.

L'hypothèse envisagée est celle où le crédit n'a pas permis à son bénéficiaire d'obtenir le résultat recherché : le projet financé n'était pas viable, l'avantage fiscal escompté n'a pas été obtenu.

Le banquier doit-il être tenu responsable de cet échec ? Nous ne le pensons pas.

En effet, le banquier est uniquement tenu de vérifier que la situation financière du client permet à celui-ci de rembourser le crédit. Si le non remboursement provient d'une autre cause, alors le banquier ne peut en être déclaré responsable. Ce dernier n'a pas à rechercher si le prêt permettra à celui qui emprunte d'atteindre le but qu'il recherche. Cette question relève de la seule compétence de l'emprunteur. Une fois que le banquier a vérifié que le crédit sollicité était adapté à la situation financière de l'emprunteur, seul ce dernier peut savoir si le recours au crédit est le meilleur moyen d'atteindre le résultat qu'il vise et la banque, dont la compétence est spécifique, n'a pas à intervenir dans la gestion des affaires de son client ni à lui fournir une assistance technique (358).

De telles obligations ne peuvent être rattachées au crédit et il n'est pas sain que le client attende de la banque des conseils sur la façon de mener ses propres affaires : le conseil en ce domaine, ne peut être donné que par une banque qui partage la spécialité de son client. Il constitue alors une prestation spécifique, distincte de l'octroi de crédit et nécessite une rémunération, elle aussi distincte. Mais le client ne peut prétendre au conseil spontané et gratuit.

Ainsi en ont décidé les tribunaux à propos de l'avantage fiscal attaché à la réalisation de travaux de rénovation d'un appartement. Le recours en responsabilité contre la banque a été rejeté par un Arrêt de la chambre commerciale du 18 Novembre 1997 en ces termes :

(358) – P. Le Tourneau, Les professionnels ont-ils du cœur ? D. 1990. I. 21 ; D. Gibrila, La responsabilité d'une banque du fait de l'octroi d'un crédit, note sous Com. 11 Mai 1999, Revue Lamy Droit des affaires, février 2000. 8.

« la Cour d'appel (...) a pu, après avoir relevé que la banque n'est pas intervenue dans le montage de l'opération de rénovation, et que son rôle s'est limité à celui de prêteur de deniers envers les clients qui lui avaient été présentés, retenir qu'il appartenait aux époux Fredouille de veiller au respect des conditions édictées en pareille matière par le Code général des impôts et que la responsabilité de la banque n'est pas engagée » (359).

L'intérêt de cette décision tient à ce qu'elle précise que la banque n'est intervenue qu'en qualité de « prêteur de deniers », ce dont il résulte que le banquier dispensateur de crédit n'a pas à conseiller les clients sur les conséquences fiscales de leurs projets (360).

Un arrêt rendu par la Première Chambre civile le 6 Juin 1990 présente le même intérêt en ce qu'il censure une Cour d'appel qui avait décidé que la banque était tenue de conseiller à ses clients d'arrêter l'exploitation de leur entreprise, sans constater que la banque avait accepté d'assumer un autre rôle que celui de dispensateur de crédit (361).

Une autre décision mérite d'être citée. On sait qu'en vertu d'une jurisprudence traditionnelle (362), le fait que le client soit assisté d'un conseil, au moment où il contracte avec une banque, ne dispense pas cette dernière de son obligation d'information. Or, dans une affaire où un emprunteur reprochait à la banque de ne pas avoir contrôlé la rentabilité de l'opération immobilière qu'elle avait financée, la Cour de cassation a rejeté le moyen tiré du manquement du banquier à son « obligation de conseil » en relevant notamment que, pour préparer l'opération immobilière, l'emprunteur avait eu recours aux services de deux professionnels (363). Ainsi, lorsque la responsabilité de la banque est recherchée pour défaut de rentabilité de l'opération financée, le moyen tiré de l'assistance par un conseil est inopérant alors que le même moyen est de nature à justifier la responsabilité de la banque lorsque celle-ci est recherchée à raison de l'inadaptation du crédit aux facultés de remboursement de l'emprunteur.

Cette décision illustre implicitement l'idée selon laquelle le banquier n'a pas à contrôler l'adaptation de son concours à l'activité du bénéficiaire du crédit.

(359) – Cette citation est la reproduction de l'extrait cité par F. Crédot et Y. Gérard, dans leur commentaire paru à la RDBB 1998. 12. L'arrêt n'est pas publié au Bulletin.

(360) – En ce sens également, Com. 9 Décembre 1997, Bull. n° 328, p. 284 et J.c.p. 1998. E. 198.

(361) – Civ. 1^{ère}, 6 Juin 1990, Juris-Data n° 001634. Il a également été décidé que le prêteur de deniers n'avait pas à vérifier la solvabilité du promoteur de l'opération financée, ni à suivre l'évolution du programme immobilier concerné (Paris, 12 Novembre 1997, Audience solennelle, JCP. 1997. 1. 1299) ; Voir aussi, TGI Chambéry, 3 Juillet 1984, D. 1985, qui décide que l'acquéreur d'une société dont la rentabilité s'est par la suite, avérée décevante, ne peut rechercher la responsabilité de la banque à laquelle il n'avait pas demandé conseil.

(362) – Voir DH 1972. II. Page 99.

(363) – Com. 18 Février 1997, Bull. n° 52, p. 46 et Droit et Patrimoine octobre 1997. 71, n° 1783, obs. B.S.A.

La banque n'a pas, non plus, à vérifier que le client qui souscrit un prêt immobilier sera en mesure d'acquitter les charges de copropriété : dès lors que la banque n'a aucun pouvoir sur la détermination des charges de copropriété, dont elle ne peut connaître le montant, elle n'est pas responsable à l'égard du syndicat des copropriétaires du non-paiement par son client des charges de l'immeuble. La banque n'a qu'à vérifier la proportionnalité entre la charge de remboursement et les capacités de son client. Elle n'est pas tenue de s'assurer qu'après paiement des échéances du prêt, son client disposera d'un crédit suffisant pour traiter avec d'autres créanciers. Par conséquent, le banquier ne peut être responsable du défaut de paiement des charges de copropriété (364). De même, la banque n'a pas à attirer l'attention des emprunteurs sur le fait que les mensualités de remboursements sont d'un montant supérieur aux loyers procurés par l'immeuble financé par le prêt (365), ni que la vente d'un appartement ne suffira pas à rembourser le crédit-relai, souscrit pour l'acquisition d'un autre immeuble (366).

En résumé, nous estimons que le banquier doit s'assurer que le crédit est adapté à la situation financière de son bénéficiaire mais il n'a pas à vérifier que son concours permettra au client d'atteindre l'objectif en vue duquel il a sollicité un concours bancaire.

Pour terminer sur ce point, nous tenons à insister sur les difficultés rencontrées par les emprunteurs pour rapporter la preuve qui leur incombe, de l'erreur commise par la banque dans l'appréciation des facultés de remboursement du bénéficiaire du crédit. Trop souvent, les emprunteurs poursuivis déduisent le caractère fautif du crédit de faits survenus après l'octroi du concours et se bornent à énoncer que ces faits étaient prévisibles ou auraient dû être prévus par la banque. Une telle démonstration est assurément incomplète. Pour que son action prospère, le débiteur doit démontrer que lorsque le banquier a consenti le crédit, il savait qu'il ne pourrait pas être remboursé. C'est à cette seule condition, rarement satisfaite, que le banquier peut être déclaré responsable.

Tels sont les principes qui, selon nous, gouvernent la responsabilité résultant de la décision d'octroyer un crédit.

(364) – En sens contraire Civ. 2^{ème}, 2 Juillet 1997, Bull. n° 212, p. 124 - R.T.D.Com. 1997. 659 ; J.c.p. E. 1997. 220, Chronique de droit des sûretés, P. Simler.

(365) – Civ. 1^{ère}, 22 Juin 1999, R.D.B.B 1999. 185, note F. Crédot et Y. Gérard ; J.c.p. E. 2000. 1086, Chronique de Droit bancaire, n° 2, obs. Gavalda et J. Stoufflet.

(366) – Paris, 9 Janvier 1996, Banque et Droit Mai-Juin 1996. 39, note J.-L. Guillot.

Sous-Section III

La place de l'obligation du devoir de conseil dans l'appréciation de la responsabilité du dispensateur de crédit non prépondérante.

Le devoir de conseil n'occupe pas une place prépondérante dans l'appréciation de la responsabilité du banquier.

En effet, s'agissant de l'appréciation de l'opportunité du crédit, la responsabilité de la banque est, selon nous, fondée sur le devoir de vigilance. Sur ce point, l'obligation d'information et de conseil ne jouent aucun rôle.

En revanche, le banquier est tenu de porter à la connaissance du demandeur de crédit les éléments essentiels de la convention que les deux partenaires envisagent de signer afin que l'emprunteur puisse donner un consentement intègre. Il s'agit là d'une obligation d'information.

En ce qui concerne enfin les risques que présente l'opération de crédit pour l'emprunteur (risques autres que ceux liés à une impossibilité de rembourser le crédit), le banquier est tenu d'un véritable devoir de conseil.

Enfin, la réserve relevée dans les formulations jurisprudentielles sur une éventuelle obligation de conseil lors de l'octroi de crédits est d'autant plus significative qu'on ne le constate guère pour les autres pratiques bancaires associées à des opérations de crédit (367).

Section IV

Absence de responsabilité de la banque dispensatrice de crédit en dehors du champ de l'obligation de conseil.

Il ne s'agit plus ici d'un manquement ou non de la banque à son obligation d'information ou de conseil, mais de savoir si une banque peut consentir un crédit à un emprunteur qui n'a pas les moyens d'y faire face, sans engager sa responsabilité à son égard (368).

Question quelque peu singulière, à vrai dire, tant on voit difficilement une banque accorder en connaissance de cause un crédit à une entreprise ou à un particulier, dont l'insuffisance de solvabilité ou plutôt d'insolvabilité rendrait ce crédit aventureux. Plus sûrement, la faute de la banque résulterait alors d'une imprudence ou d'une légèreté dans l'octroi du crédit.

(367) – Pierre Leclercq, Editions Francis Lefebvre, R.J.A 4/95, p. 322.

(368) – Francis J. Crédot, L'octroi de crédit et l'obligation de conseil du banquier, Droit et Patrimoine, 1992, p. 58.

Mais, il demeure que, dans un cas comme dans l'autre, cette faute ne saurait être causale du préjudice invoqué. Car, comment un emprunteur serait-il en droit de reprocher à la banque l'octroi d'un crédit qu'il a lui-même sollicité, alors que nul mieux que lui connaissait (ou était censé connaître) son éventuelle insolvabilité ou son surendettement ? C'est sa faute ou son imprudence qui absorbent alors toute la causalité du préjudice.

Aussi bien, après avoir relevé que les juges du fond avaient retenu que le dirigeant, qui n'avait pas déclaré en temps utile la cessation des paiements de la société et qui n'avait cessé de presser la banque de poursuivre son soutien, était aussi responsable que celle-ci de la situation dans laquelle s'était trouvée la société dont il était l'actionnaire principal, la Cour de Cassation a-t-elle jugé qu'une Cour d'Appel justifie sa décision en déclarant que ce dirigeant, qui avait demandé le maintien du concours de la banque, ne pouvait exiger la réparation du préjudice que celle-ci lui aurait causé en lui donnant satisfaction (Cass. Com. 1^{er} Juin 1993 n° 978 D ; adde sur l'absence de faute de la banque tirée de ce que les emprunts et découverts litigieux avaient été sollicités avec insistance par les emprunteurs sans aucune incitation de la banque, Cass. Com. 4 Mai 1993, n° 792 P).

Certes, il est permis de faire état d'un arrêt de la Cour d'Appel d'Aix-en-provence du 31 Juillet 1975 (Gaz. Pal. 1976-1, p. 19) condamnant cinq banques à payer à des sociétés mises en règlement judiciaire le montant intégral des pertes d'exploitation subies du fait de la poursuite de leur activité grâce aux crédits consentis par ces banques, mais le contexte était particulier. Les banques avaient participé à des opérations de cavalerie, ce qui avait permis aux sociétés de retarder le dépôt de leur bilan et d'aggraver ainsi leur passif. Encore que l'on pourrait aussi s'interroger sur la causalité du préjudice dans la mesure où les opérations de cavalerie réalisées par leurs dirigeants demeuraient néanmoins le fait des sociétés elles-mêmes.

Aussi, une explication a-t-elle été proposée par un auteur (F. Grua, le contrat de service bancaire, n°236). Selon celui-ci : « une banque ne doit pas fournir aux dirigeants d'une société le moyen de causer un préjudice à leur société. Elle ne doit pas se prêter à un acte dont elle connaît ou doit connaître le caractère délictueux, ajoutant que la responsabilité bancaire ne peut, à partir de cette explication, être étendue au-delà de l'hypothèse générale dans laquelle la jurisprudence l'a retenue : celle d'une plainte d'une personne morale dont les dirigeants ont commis une faute en sollicitant le crédit ».

De même, un particulier ne peut pas davantage critiquer le crédit que la banque, sur sa demande, lui a accordé, alors surtout, qu'il dispose de la part de la banque d'une information particulièrement large en matière de souscription de son prêt.

Ainsi que l'écrit Savatier, conseiller référendaire à la Cour de Cassation (Rapp. De la Cour de Cassation pour l'année 1992, p. 174) : « si l'un des prêteurs a agi avec légèreté en accordant un crédit dans des conditions telles que ces difficultés de remboursement étaient prévisibles, il a paru normal que ce prêteur supporte des sacrifices plus lourds que les autres créanciers. C'est le sens de cette doctrine qui invite les juges à tenir compte dans le choix des mesures, de ce qui pourrait s'apparenter à la bonne foi du créancier ».

En guise de conclusion, notons que s'agissant de la question de la responsabilité des banques à l'égard, non pas seulement des tiers, mais des emprunteurs, la jurisprudence apparaît mesurée, empreinte de bon sens et somme toute classique au regard de l'application qu'elle fait du devoir d'information ou de conseil. Celui-ci a ses limites. Il ne saurait être le moyen permettant à l'emprunteur de s'affranchir de la loi du contrat (V. Cass. Com. 7 Avril 1992, Rev. Dr. Bancaire et Bourse, n° 32, p. 152, note F. Crédot, Y. Gérard). Le juriste ne saurait en être surpris.

L'obligation de conseil participe alors, à l'évidence, de l'intérêt également bien compris de la banque elle-même. Dans ce rôle de conseil, le banquier ne saurait encourir le reproche de se comporter en dirigeant de fait.

Chapitre II
La mise en œuvre du devoir de conseil

Section I – L'exécution du devoir de conseil du banquier.

Section II – La sanction de la violation du devoir de conseil du banquier.

Le banquier et son client sont donc désormais dans la situation suivante : un contrat est envisagé ou a été formé. Le client est un profane. Le banquier est donc tenu d'un devoir de conseil. Le banquier doit prendre l'initiative de conseiller le client et non pas attendre que le client sollicite son conseil et ce pour plusieurs raisons, D'abord, cela tient à la nature même du devoir de conseil qui est l'objet de notre étude. C'est une obligation accessoire au contrat qui a été conclu entre les deux parties. Leurs volontés, comme nous l'avons déjà vu, n'ont pas porté sur le conseil mais sur la prestation de service. Dès lors, on en conclut que « l'obligation de conseil est d'ordre public ». Elle s'impose donc au banquier, partie la plus forte du contrat et qui ne doit pas attendre, de ce fait, l'expression de la volonté de l'autre cocontractant, c'est à dire sa sollicitation mais doit prendre l'initiative du conseil. D'autre part, le créancier du devoir de conseil est un profane. C'est parce qu'il est ignorant que le banquier doit le conseiller. Etant donné son incompetence, on voit particulièrement mal comment on pourrait exiger de lui qu'il demande le conseil. En effet, celui qui sollicite un conseil est déjà à même, au moins, de pressentir les dangers qui le menacent. En conséquence, le plus faible, celui qui ne comprend même pas que le contrat présente des difficultés, ne pourrait plus bénéficier du devoir de conseil. On arriverait alors à une situation extrêmement paradoxale. C'est donc le banquier qui doit prendre l'initiative de mettre en oeuvre le devoir de conseil. C'est le moment de l'exécution du devoir de conseil (Section 1). S'il ne prend pas cette initiative et garde le silence, il manque à son devoir de conseil et commet une faute. C'est alors le moment de la sanction du devoir de conseil (Section 2).

Section I

L'exécution du devoir de conseil.

Le devoir du banquier sera exécuté par la formulation du conseil. La forme du conseil est indifférente : il peut être oral ou écrit. Notons toutefois que la pratique bancaire est orale : le conseil sera donc plus sûrement oral. Cependant, les problèmes liés à la preuve, que nous verrons plus tard, feront préférer la forme écrite.

La formulation du conseil pose, quant à elle, l'incontournable question de l'objet du devoir de conseil. Cette question peut paraître très simple. En effet, on a toujours loisir de répondre que l'objet du devoir de conseil, c'est le conseil. Mais a-t-on alors vraiment tout dit ? Le conseil est une notion complexe dans la mesure où il n'existe pas, à notre connaissance du moins, de définition du conseil en jurisprudence. La Cour de cassation ne

nous donne que des bribes, des indices. Il est donc revenu à la doctrine de le définir. Cependant, du fait du nombre d'applications qui sont faites du devoir de conseil, il paraît difficile de conclure à une interprétation générale. Malgré tout, la doctrine s'y est essayée. Mais les débats restent nombreux et, par conséquent, les frontières du conseil restent floues. Elles sont d'autant plus floues que le banquier est soumis à d'autres devoirs qui viennent limiter le devoir de conseil et restreindre par là même son objet.

Il nous faut donc définir l'objet du devoir de conseil, c'est à dire le conseil. Puis nous tracerons les limites du conseil du banquier.

Paragraphe I

La détermination du conseil du banquier.

Lorsqu'on cherche à définir le conseil du banquier, il faut se poser deux questions. D'abord dans le conseil du banquier, il y a le terme conseil. Qu'est ce qu'un conseil ? A priori, la question semble facile. Le dictionnaire Littré nous propose une définition simple et facile d'accès. Le conseil, c'est alors « une opinion exprimée pour engager à faire ou à ne pas faire », Cependant, si cette définition est claire, Il lui manque de prendre en compte la diversité des situations et des formes de l'expression humaine. Ainsi, on peut se demander si les recommandations, les avertissements sont ou non des conseils. Il convient donc de s'interroger sur la notion de conseil (A). La notion de conseil que nous dégagerons sera générale et ne permettra pas de définir le conseil du banquier. Il faudra alors se pencher sur le contenu du conseil du banquier (B).

A

La notion de conseil.

Pour déterminer la notion de conseil, nous devons partir, quelles que soient ses imperfections, de la définition courante du conseil. Ainsi, le conseil, c'est « une opinion exprimée pour engager à faire ou à ne pas faire ».L'information est quant à elle définie comme un renseignement, c'est à dire un fait, une donnée objective.

Le conseil comporte nécessairement une information car l'opinion donnée doit se baser sur des faits, faits qui sont ensuite interprétés. Le conseil c'est donc à la fois l'information mais aussi la grille de lecture de cette information (369). Un exemple concret permet de mieux comprendre. Lorsque le banquier conseille à son client de ne pas s'engager dans un crédit, il l'informe d'abord du coût du crédit et conclut à partir de là, que le crédit est

(369) – Goix (A.) et Favéro (M.), L'obligation de conseil du banquier et le passage à l'Euro, Droit et Patrimoine, 1999, p. 33.

dangereux pour le client et que ce dernier devrait y renoncer. Il y a donc d'abord une information. M. de Saint Affrique (370) a très bien résumé cette position en écrivant que le conseil doit « faire savoir », c'est-à-dire informer et « savoir guider », conseiller. Le conseil est donc plus qu'une information, certes, mais entre l'information (le renseignement à l'état brut) et le strict conseil qui va consister à dire « je vous conseille de faire ceci ou cela », il y a plusieurs stades. En effet, le professionnel peut délivrer l'information en soulignant son importance. Il peut également mettre en garde, attirer l'attention sur les risques de telle ou telle opération sans strictement « conseiller » de faire ou de ne pas faire. Dès lors, qu'en est-il de ces recommandations, des exhortations, des avertissements ? Toutes ces variantes, généralement rassemblées sous la bannière de la mise en garde, doivent-elles être distinguées du conseil ? Il nous semble que non. En effet si le conseil est le plus souvent positif (b), il peut-être négatif (a).

a

La mise en garde : un conseil négatif.

La mise en garde consiste à attirer l'attention du cocontractant sur un aspect négatif du contrat, ou de la chose objet du contrat. C'est principalement contre un danger, un risque, que l'on est tenu de mettre en garde quelqu'un. Cependant, une mise en garde peut également avoir pour objet de souligner un simple inconvénient d'un comportement particulier. Dès lors, mettre en garde, c'est donner un renseignement, mais en attirant l'attention de son destinataire sur le danger, les aspects négatifs d'une chose, d'un comportement. Avant l'émission d'un consentement par l'un des contractants, la mise en garde porte sur l'adéquation de la décision -par exemple la conclusion, la modification, ou encore la résiliation d'un contrat - à l'intérêt, aux besoins du créancier. En ce qui concerne l'exécution du contrat, ce sera par exemple une mise en garde contre une mauvaise utilisation de la chose objet du contrat ou, de façon plus générale, contre un risque d'inexécution du contrat, ou encore un risque de dommage pouvant accompagner l'exécution.

Pour être efficace, la mise en garde doit le plus souvent préciser et détailler les risques encourus si son destinataire ne la respecte pas.

Cela est surtout vrai lorsqu'il y a un danger particulièrement grave. En effet, le créancier doit être mis en mesure de juger de l'opportunité de suivre cette mise en garde et surtout, il doit savoir quoi faire s'il n'a pas respecté l'avertissement. Ainsi, le fabricant ou le vendeur d'un produit très corrosif sera par exemple tenu de mettre sur celui-ci la mention

(370) – Saint-Affrique (B.), Le devoir de conseil, Rép. Defrénois, 1995, Art. 36134.

suivante : « en cas d'absorption par accident, appeler d'urgence un médecin (ou le centre anti-poisons) et montrez-lui ce récipient » ou « en cas de contact avec les yeux ou la peau, rincer immédiatement et abondamment avec de l'eau et consultez un spécialiste ».

Si le débiteur n'est pas suffisamment explicite son obligation de mise en garde sera considérée comme inexécutée (371). Ainsi, la Cour de Cassation (372) a approuvé une Cour d'appel d'avoir condamné le vendeur d'une colle à base de néoprène à réparer une partie des dommages causés par son inflammation, après avoir relevé qu'en raison du fait que le produit était « particulièrement inflammable », aucune des deux étiquettes apposées sur l'emballage de la colle ne comportait de renseignements suffisants « sur les périls dont la colle était porteuse » et dont le degré, très élevé, nécessitait une information beaucoup plus explicite que le symbole signifiant « facilement inflammable » qui y figurait, étant ajouté que si l'utilisateur avait eu son attention attirée par des avertissements adéquats, il aurait pris les précautions nécessaires.

En pratique, il est en effet bien plus efficace d'expliquer au destinataire de l'information pourquoi il est dangereux d'adopter tel comportement, plutôt que de lui interdire sans raison celui-ci : ainsi par exemple, il nous semble qu'un acheteur averti que si la colle achetée entre en contact avec sa peau, celle-ci sera irrémédiablement brûlée, ou que s'il touche tel bouton de son poste de télévision, il risque l'électrocution immédiate, sera plus réticent à adopter tout de même de tels comportements que si on lui avait simplement dit : « ne mettez pas la colle en contact avec votre peau », ou encore « ne touchez pas ce bouton » (373).

Dans une première analyse, il serait alors possible de dire que la mise en garde est plus exigeante que le conseil puisqu'elle comprend, outre un conseil, l'explication des conséquences néfastes si ce conseil n'était pas respecté. Nous retrouverons cette idée plus loin.

L'obligation de mise en garde se retrouve dans les mêmes circonstances que l'obligation d'information en général. Ainsi, il n'y a obligation de mise en garde que si les éléments constitutifs des obligations d'information sont caractérisés. La seule particularité concerne donc les modalités d'exécution de l'obligation de mise en garde : si l'information à transmettre permet d'éviter un risque, un inconvénient, le débiteur devra la souligner

(371) – V. par exemple, Civ. 1^{ère}, 13 Mai 1986, Bull. civ., I, n° 128, p. 128 précité. La Cour de cassation déclare qu'« il appartient au fabricant d'un revêtement à base de mousse de polyuréthane d'en connaître le caractère facilement inflammable et d'informer suffisamment l'acheteur des risques et des limites d'utilisation d'un tel matériau ».

(372) – Civ. 1^{ère}, 11 Octobre 1983, Bull. Civ., I, n° 228 ; Rev. Trim. Dr. Civ., 1984 p. 731.

(373) – Contra, P. LEGRAND, Pour une théorie de l'obligation de renseignement du fabricant en droit civil canadien, Me Gill Law Journal, vol. 26, 1981, p. 208, note 2.

particulièrement. En effet, nous verrons que la nature de l'information est un des critères qui détermine les modes de transmission de cette information.

Les juges, et notamment ceux de la Cour de Cassation n'emploient pas toujours l'expression « obligation de mise en garde » (374), même si, en pratique, c'est cette obligation qu'ils imposent (375). Ils utilisent par exemple souvent le terme d'avertissement comme synonyme de mise en garde (376).

b

Le conseil positif..

C'est là l'aspect le plus courant du conseil. Cela va consister à inciter le client à faire quelque chose. C'est sur ce point que nous rejoignons Mme Fabre-Magnan. En effet, pour cette dernière la mise en garde se distingue du conseil car le conseil indique l'opportunité d'un comportement alors que la mise en garde ne serait qu'un avertissement des risques inhérents au contrat, C'est exactement la même chose en cas de conseil positif. Le banquier en l'espèce va recommander tel ou tel comportement. Ainsi, par exemple, dans une affaire en date du 12 Novembre 1998 (377), la Cour d'appel de Montpellier a retenu la responsabilité de la banque pour manquement à son obligation de conseil. Dans cette affaire, la banque avait fait souscrire à une société des contrats de change à terme qui s'étaient révélés inappropriés compte tenu des risques encourus par la société. La Cour estime que « la banque devait soumettre à sa cliente d'autres solutions que la souscription

(374) – V. cependant quelques arrêts où le terme est employé et not., Civ. 1^{ère}, 4 Décembre 1978, Bull. Civ., 1, n° 292 ; Com., 3 Janvier 1977, Bull. civ., IV, n° 4. p. 3 ; Com., 6 Décembre 1976, Bull. Civ., IV, n° 309, p. 258 : mais dans le sommaire de l'arrêt au Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, il est indiqué simplement « Responsabilité contractuelle, obligation de renseigner... ».

(375) – V. not., Civ. 1^{ère}, 9 Décembre 1975, Bull. Civ., I, n° 361, p. 300 : Dans cet arrêt, la Cour de cassation n'emploie que le terme « informer » en décidant que « c'est à bon droit qu'une Cour d'appel qui a admis la nécessité pour le fabricant d'engrais d'informer les utilisateurs de façon que le produit ne présente aucun danger pour les récoltes, retient la responsabilité de ce fabricant, à la suite de la perte de récoltes, appréciant souverainement le degré de connaissances que pouvait avoir en l'espèce l'acquéreur du produit ». Mais dans le sommaire de l'arrêt au Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, il est cette fois indiqué « Responsabilité contractuelle, faute, fabricant, produit dangereux, obligation d'avertissement de l'utilisateur, engrais ». Même remarque dans Civ. 1^{ère}, 17 Novembre 1976, Bull. civ., I, n° 355, p. 280.

(376) – V. not., Civ. 1^{ère}, 9 Décembre 1975, D. 1978, 205, note SAVATIER : « Le fabricant d'un terreau industriel contenant une salinité susceptible, faute d'un important arrosage, de faire périr la végétation que ce terreau est destiné à favoriser, est tenu d'avertir les utilisateurs des précautions à prendre » ; également, Com., 15 Juin 1976, Bull. Civ., IV, n° 207, p. 179. Dans un Arrêt du 17 Février 1976, la Cour de cassation emploie l'expression suivante : le fabricant n'avait pas « prévenu du danger extrême que présentait » l'utilisation du produit litigieux : c'est incontestablement l'équivalent d'une obligation de mise en garde.

(377) – Montpellier, 12 Novembre 1998, J.c.p. Ed. E. 2000, Panorama rapide, p. 391 ; Banque et droit 1999, p. 28, note De Vauplane (H.)

exclusive de contrats de change à terme ». Elle en déduit qu'elle a manqué à son « obligation de conseil ». De même, c'est en matière d'assurances groupe que l'on trouve, le plus souvent un conseil positif. Ainsi, par exemple, un arrêt en date du 2 Février 1994 (378) rendu par la première chambre civile, sanctionne la banque pour manquement au devoir de conseil. Elle lui reproche de ne pas avoir indiqué au client toutes les pièces nécessaires pour bénéficier de la garantie du contrat.

Le banquier est donc également tenu d'un conseil positif. Cependant, il est incontestable que la jurisprudence reconnaît beaucoup moins de conseils positifs qu'elle ne reconnaît de conseils négatifs à la charge de l'établissement de crédit. En effet, Il n'y a que très peu d'arrêts qui admettent, à la charge de l'établissement de crédit, un conseil positif, consistant à diriger le cocontractant vers une solution déterminée. En revanche, nous avons pu constater que de nombreux arrêts reconnaissent un conseil négatif, une mise en garde. Quelles peuvent être les raisons de ce constat ? Quel est le problème exactement ? Quelle est la voie choisie par la Cour de cassation lorsqu'elle préfère mettre à la charge de l'établissement de crédit une mise en garde ? L'interrogation est la suivante : le conseil ne doit-il porter que sur le risque encouru par le client ? Le banquier ne doit-il pas non plus prendre en charge les autres intérêts de ses clients ? Nous ne le croyons pas. En effet, cette position résulte de l'existence du devoir de non-ingérence du banquier.

B

L'objet du conseil du banquier.

L'objet du conseil, c'est se poser la question de savoir sur quoi va porter le conseil du banquier. Par le conseil, et ce quelle que soit sa forme, le banquier indique à son client le comportement le plus opportun, certes, mais quel est ce comportement opportun, comment le banquier va-t-il définir l'opportunité de tel ou tel comportement ? Par rapport aux intérêts propres du client ou par rapport aux risques que le client encourt ? D'autre part, le contenu du conseil est également déterminé par le contrat. Le conseil porte sur les risques encourus par le client (a) à l'occasion du contrat (b).

a

l'objet du conseil : le risque encouru par le client.

Nous avons déjà pu constater que le devoir de conseil du banquier trouve son expression favorite dans la mise en garde et non dans le conseil positif, qui consiste

(378) – Civ. 1^{ère}, 2 Février 1994, Bull. Civ. I, n° 39.

proprement à diriger le comportement du client. Une telle préférence trouve sa source dans l'objet même du conseil que la Cour de cassation met à la charge du banquier- En effet, en partant du constat que nous avons déjà opéré, on peut réaliser plusieurs déductions. Lorsque la Cour de cassation met à la charge de l'établissement de crédit un devoir de mise en garde, elle réduit l'objet du conseil aux risques encourus par le client. Elle ne prend pas en compte les intérêts propres du client (s'il veut un meilleur taux d'intérêt, un meilleur placement, s'il a besoin d'être guidé quant à son acquisition, etc...). D'autre part, on peut remarquer que lorsque la jurisprudence admet un conseil positif, l'idée de risque est toujours présente. Ainsi, dans l'affaire précitée soumise à la Cour d'appel de Montpellier, le banquier aurait dû conseiller à sa cliente une autre solution que les contrats de change à terme. Pour fonder cette solution, la Cour d'appel constate que les experts reconnaissent tous qu'en l'espèce, l'utilisation de contrats de change à terme était trop risquée. La Cour en déduit que le banquier a manqué à son obligation d'information et de conseil « relative à la technique et aux risques de l'opération ». Ainsi, même lorsque le banquier doit orienter le comportement de son client, c'est toujours aux risques que les magistrats se réfèrent. Dès lors, le banquier tenu ne semble devoir mesurer l'opportunité d'une opération que par rapport aux risques subis par le client. Cette conclusion suscite une remarque et une interrogation.

Cette déduction que nous avons pu tirer de l'examen attentif des arrêts rendus par la Cour de cassation est corroborée par l'existence, à la charge du banquier, d'un devoir de non-immixtion. Le devoir de non ingérence du client a été pour la première fois reconnu par la Cour de cassation dans un arrêt en date du 29 Janvier 1930 (379).

En vertu du principe de non-immixtion (380), le banquier n'a « pas à rechercher la raison, le pourquoi, ni le but des règlements effectués par le truchement du compte de son client » (381). Si cette formule s'applique au service de caisse, elle est également valable pour toutes les opérations de banque. Le banquier ne doit pas intervenir dans les affaires de son client. Son rôle est donc cantonné aux seules opérations de banque, ou plus exactement aux seuls contrats passés avec le client (382). En effet, le banquier ne doit pas intervenir dans les affaires de son client. La conséquence logique de cette affirmation est qu'il ne doit pas prendre en charge les intérêts bien compris de son client », comme l'affirme la Cour d'Appel de Toulouse dans un Arrêt très remarqué et repris par plusieurs éminents

(379) – Gaz- Pal. 1930, I, p. 550

(380) – Lacotte (J.), Quelles limites au devoir de non ingérence de la banque ? Banque et Droit, 1999, p.65.

(381) – Veizian (J.), La responsabilité du banquier en droit privé français, 3^{ème} Ed., 1983.

(382) – Il est bien entendu, en effet, que si le banquier et son client ont conclu une convention de gestion de patrimoine, le banquier peut intervenir dans les affaires de son client.

auteurs (383). Puisqu'il n'a pas à prendre en charge les intérêts personnels de son client, le banquier dans l'exercice de son devoir de conseil, n'a pas non plus à les prendre en charge. C'est pourquoi le banquier, ne doit, dans l'exercice de son devoir de conseil, qu'apprécier le risque lié aux opérations pour le client et non pas proposer systématiquement au client l'opération la plus avantageuse en ce qui concerne ses intérêts particuliers. On trouve à ce sujet une certaine jurisprudence. Ainsi, en matière d'octroi de crédit, un arrêt de la Cour de cassation en date du 18 Novembre 1997 (384) constate que la banque n'avait pas à orienter le client vers un autre crédit en tenant uniquement compte du fait que le régime fiscal du crédit contracté était défavorable aux emprunteurs. De même la Cour d'appel de Poitiers dans un arrêt en date du 17 Octobre 2000 (385) soutient qu'il n'appartient pas au banquier prêteur de s'immiscer dans la gestion du patrimoine de l'emprunteur et des « cautions » et que « le devoir de conseil envers ces dernières ne peut être assimilé à une assistance permanente. »

Certains auteurs (386) ont même pu contester l'existence d'un devoir de conseil en vertu de l'existence du devoir de non-ingérence. Ce serait faire alors une extension erronée du devoir de non-ingérence. En effet, le devoir de non-ingérence trouve sa limite dans le devoir de vigilance mis à la charge du banquier. Le devoir de vigilance impose au banquier une certaine « surveillance » des affaires de son client. Il constitue « une norme qui permet d'apprécier si le banquier a agi en professionnel normalement diligent » (387). Autrement dit, certes le banquier ne doit pas s'immiscer dans les affaires de son client, mais il doit en bon professionnel s'informer de ce que les clients veulent faire et avoir suffisamment de discernement. Le devoir de vigilance du banquier lui impose donc d'avoir un « minimum de diligences » dans ses relations avec le client et par-là même de prendre garde non pas aux intérêts particuliers du client mais aux intérêts plus objectifs : le client ne doit pas courir de risques inutiles. Ce principe lui commande « de ne pas exposer son client à un préjudice ou à un risque dont le client ne serait pas averti » (388).

(383) – Toulouse, 16 Février 1984, D. 1985, p. 346, in Crédot (F.J.), L'octroi de crédit et l'obligation de conseil du banquier, Droit et Patrimoine, 1994, p. 34 et Leclercq (P.), L'obligation de conseil du banquier dispensateur de crédit, R.J.D.A 4/95, p. 322.

(384) – Cass. Com. 18 nov. 1997, Banque, 1998, n° 6.

(385) – Poitiers, 17 Octobre 2000, Juris-data n° 132474.

(386) – Voir par exemple : Rives-Langes (J.L.) et Contamine-raynaud (M.), Droit bancaire, Dalloz, 6^{ème} Ed., 1995 ; Najjar (I.), note sous Cass. Com. 18 Mai 1993, D. 1994, p. 142 ; Gourio (A.). Le prêteur est-il réellement tenu d'une obligation de conseil envers le particulier emprunteur ?

(387) – Bonneau (T.), Droit bancaire, Montchrestien, 2001.

(388) – Crédot (F.J.), L'octroi de crédit et l'obligation de conseil du banquier, Droit et patrimoine, 1994, p. 34. Voir aussi Scholastique (E.), Les devoirs du banquier dispensateur de crédit, note sous Cass. Civ. 1^{ère}, 27 Juin 1995, Rép. Defrénois, 1995, Art. 36352.

C'est là qu'intervient le devoir de conseil du banquier, qui est, comme le devoir de discernement ou de surveillance, une expression du devoir de vigilance.

Le conseil se définit donc par rapport aux risques encourus par le client et non pas par rapport à ses intérêts particuliers. L'objet du conseil du banquier explique ainsi, à contrecoup, que le conseil se résume le plus souvent à une mise en garde. En effet, la mise en garde, qui porte l'attention du client sur les risques encourus, est l'expression la plus commune du conseil du banquier.

Cependant, un arrêt récent rendu par la Chambre commerciale le 27 Janvier 2001 vient jeter le trouble sur cette analyse. Dans cette affaire, le client d'une banque avait ouvert, sur les conseils de la Caisse d'épargne deux plans épargne et un plan épargne action pour y placer une somme de 100 000 FF. Se plaignant du rendement insuffisant de ces placements, le client a mis en cause la responsabilité de la Caisse, lui reprochant un manquement à son devoir de conseil. La Chambre commerciale de la Cour (389) rejette la demande du client aux motifs que les placements en question étaient des « placements de bon père de famille » et que, de plus, le demandeur ne rapportait pas la preuve que d'autres placements auraient pu être plus rémunérateurs. Si elle rejette ici la demande du client, elle semble cependant admettre que la caisse était tenue à un devoir de conseil. Le conseil en l'espèce consistait à proposer au client le meilleur placement qui Soit, compte tenu des intérêts du client et non pas compte tenu des risques encourus. Que penser de cette Jurisprudence ? Il nous semble qu'il ne faut pas porter à l'excès les conséquences de celle-ci. D'abord, il ne s'agit pas d'une décision de principe puisque c'est un arrêt de rejet qui n'a pas été publié. De plus, il nous semble que cette décision était liée aux circonstances de l'espèce. En effet, la cour nous explique que c'est sur les conseils de la caisse que le client avait souscrit différents placements. Dès lors, puisqu'elle prodiguait ses conseils, la banque se devait de prodiguer les meilleurs conseils possibles. Le débat ici ne portait pas sur l'existence du devoir de conseil. Enfin, il nous semble qu'en plus, en l'espèce, toute reconnaissance à la charge du banquier d'un devoir de conseil était vouée à l'échec. En effet, la Banque dans le cadre de ses opérations annexes, propose des services de gestion de patrimoine. Un contrat peut-être passé entre le client et son banquier, dans lequel le banquier s'engage à conseiller le client sur les placements qu'il peut faire pour gérer au mieux son patrimoine. L'existence d'une prestation de service autonome et facturée en tant que telle empêche selon nous la reconnaissance en la matière d'un devoir de conseil. D'ailleurs, l'arrêt ne nous le dit pas mais c'est peut-être en exécution d'un tel contrat que la

(389) – Cass. Com., 27 Janvier 2001, pourvoi n° 98-13746.

Caisse d'épargne avait conseillé son client. Cet arrêt ne remet donc pas en cause la définition du conseil que nous avons donnée plus haut. Le conseil du banquier ne porte que sur les risques encourus par le client. Mais cette définition n'est pas encore complète : le conseil ne porte que sur les risques encourus par le client à l'occasion du contrat bancaire.

b

L'objet du conseil : le risque encouru par le client à l'occasion du contrat.

Le fondement du devoir de conseil, c'est le contrat. Dès lors, le banquier ne doit un conseil que dans le cadre du contrat. C'est ainsi que l'on peut déduire que le conseil ne porte que sur les risques encourus à l'occasion du contrat, que ce soit lors de la formation du contrat ou lors de l'exécution. Cependant, une question reste posée : est-ce que c'est le risque encouru à l'occasion du contrat, en relation avec le contrat ou du fait du contrat ? Est-ce que c'est le contrat qui doit causer le risque ? La Jurisprudence dit clairement non à une telle analyse.

Ainsi, par exemple, la Cour de cassation met à la charge du banquier un devoir de conseil en matière d'opérations boursières.

Le contrat passé entre le client et son banquier est un contrat de dépôt de titres. Le banquier n'est alors que déposant des titres et pourtant, il doit avertir le contractant de risques inhérents aux opérations sur le marché à terme. De même, on a vu que la jurisprudence met à la charge de la banque un devoir de conseil lorsque le titulaire d'un compte a donné une procuration et que le bénéficiaire de cette procuration crée des découverts. La banque doit conseiller à son client de retirer la procuration. Ce n'est pourtant pas ici le contrat qui génère le risque pour le client. Le risque ne naît ici qu'à l'occasion du contrat et non pas du fait du contrat bancaire. Si le risque objet du conseil de la banque peut naître du fait ou à l'occasion du contrat, « c'est seulement le contrat qui définit le risque sur lequel la banque doit conseiller le client ». Plusieurs arrêts illustrent cette idée. Pour reprendre un auteur, le conseil « est attaché à une prestation de service donnée, qu'elle complète et dont elle est l'accessoire. Elle ne saurait élargir le service lui-même » Ainsi, la cour de cassation a jugé que « si la banque, simple dépositaire des titres, assume en vertu des usages, les obligations accessoires au contrat inhérentes à la détention de ces titres, ni ces usages, ni l'équité, ni la loi ne l'obligent en outre à informer le déposant d'un évènement affectant la vie de la société émettrice des titres. » Cet arrêt en date du 9 Janvier 1990 (390) pose donc le principe : le conseil du banquier est défini par le contrat et ne saurait sortir de cette sphère. On retrouve la même position en matière d'octroi de crédit. Ainsi, un arrêt en

date du 6 Juin 1990 (391) décide que la caisse n'avait pas assumé auprès de ses clients un rôle autre que celui de dispensateur de crédit. Elle en conclut que la banque n'avait pas à informer les emprunteurs du risque de retrait des concessions de marque dont étaient titulaires ses clients. La solution aurait été différente, on le voit, si la banque avait eu un autre rôle en la matière, c'est à dire si un autre contrat avait existé entre les parties. Cette solution s'autorise une nouvelle fois du devoir de non-immixtion qui existe à la charge des banques. Ce devoir impose aux banques de ne prendre en compte l'intérêt des clients que dans le cadre du contrat bancaire. On peut trouver également une autre justification. L'obligation de conseil accessoire au contrat ne saurait être élargie à un conseil plus important, dépassant le cadre du contrat, dès lors que ce conseil fait l'objet d'une autre prestation de service. Ainsi par exemple, en matière d'opération de bourse, il existe plusieurs types de contrats le compte de dépôt, la gestion assistée, la gestion sous mandat. Élargir le conseil auquel est tenu le banquier dans le cadre du compte de dépôt au choix des investissements à effectuer, c'est changer la nature de la relation contractuelle. Il revient au client qui désire un conseil plus étendu de la banque de solliciter ce conseil, qui fera alors l'objet d'un autre contrat. Notons enfin que le conseil ne porte que sur les risques que le client ne peut pas connaître, du fait de son état de profane. Le banquier n'a pas à conseiller sur les connaissances que tout le monde a. Ainsi jugé par la Cour de cassation qui retient que le banquier n'avait pas à conseiller à l'adhérent d'une assurance groupe d'être de bonne foi dans ses déclarations (392).

A la lumière de ces analyses, le conseil de la banque peut-être défini de la façon suivante : « c'est le fait pour la banque d'indiquer au client le comportement le plus opportun compte tenu des risques qu'il encourt à l'occasion ou du fait du contrat bancaire ». Cependant, le conseil de la banque ne saurait être défini complètement tant qu'on en a pas tracé les limites. C'est ce que nous allons faire.

C

Obligation de mise en garde et obligation de conseil.

L'obligation de mise en garde et l'obligation de conseil sont parfois très proches. En effet, nous avons vu que mettre en garde consiste en même temps à donner un conseil sur l'attitude à adopter en vue précisément d'éviter un danger, un inconvénient.

Il est au demeurant possible de dire que toute mise en garde est un conseil, mais un conseil négatif : un conseil de ne pas faire, accompagné de l'explication des dangers ou

(391) – Cass. Civ., 1^{ère}, 6 Juin 1990, pourvoi n° 87-19115.

(392) – Cass. Civ., 1^{ère}, 28 Mars 2000, R.G.D.A, 2000, p. 489.

simplement des inconvénients encourus si ce conseil n'est pas suivi. Ainsi, lorsque le vendeur déclare « produit corrosif », il s'agit d'un renseignement. S'il ajoute : « provoque de graves brûlures », il s'agit d'une mise en garde. Or cette mise en garde consiste en même temps à conseiller au client d'éviter tout contact avec la peau. D'ailleurs, à la limite, la simple mention « produit corrosif » est en elle-même une mise en garde et un conseil.

C'est pourquoi en réalité, il faut selon nous réserver les termes de mise en garde à un véritable avertissement sur les dangers du produit: la simple mention « produit corrosif » sera alors déclarée insuffisante pour mettre en garde le consommateur.

Dans de nombreuses hypothèses, les juges décideront que la mise en garde sur les dangers du produit est insuffisante si elle ne s'est pas accompagnée des conseils à suivre pour éviter ces dangers. La Cour de cassation a par exemple décidé qu'est légalement justifiée la décision d'une Cour d'appel qui - statuant dans un litige mettant en cause la responsabilité du fabricant d'un revêtement à base de mousse de polyuréthane qui avait favorisé la propagation rapide d'un incendie - estime qu'était imprécise et insuffisante la notice diffusée par le fabricant, qui ne révélait pas le caractère facilement inflammable de cette mousse, ne donnait aucun conseil particulier quant à son utilisation et se bornait à attirer l'attention des utilisateurs sur la qualité de bon isolant thermique de ce matériau et sur son caractère "auto-extinguible" (393), laconiquement défini comme ne propageant pas la flamme.

Mais de façon générale, l'obligation de conseil est plus lourde pour le débiteur que l'obligation de mise en garde. Elle implique en effet des recommandations plus précises et plus détaillées.

La Cour de cassation déclare, dans un arrêt du 16 juillet 1987 (394), que « le conseil juridique rédacteur de l'acte de vente d'un fonds de commerce a l'obligation d'éclairer les parties sur la portée de l'acte qu'elles se proposent de conclure avec son concours et de s'assurer que sont respectées les formalités requises pour donner à cet acte toute son efficacité ». En l'espèce, elle décide que manque à ces obligations le conseil juridique qui n'attire pas l'attention du vendeur sur le risque qu'il y avait de donner quittance du prix contre la remise de chèques non certifiés et de transférer la jouissance du fonds de commerce dès la signature de l'acte sans attendre l'encaissement des chèques et qui omet de veiller à ce qu'il soit procédé à la publication de l'acte et à sa mention au registre du commerce.

(393) – Vient du mot latin « extingere » qui veut dire « éteindre, extincteur ».

(394) – Civ. 1^{ère}, 16 Juillet 1987, Bull. Civ., I, n° 223, p. 164. Cet arrêt est probant pour notre sujet, même si, nous l'avons souligné dès l'introduction, l'obligation du conseil juridique n'entre pas dans ce que nous appelons les obligations d'information dans les contrats.

A priori il y avait bien obligation de mise en garde pesant sur le conseil juridique qui aurait dû « attirer l'attention » du client sur un « risque ». Mais en réalité, l'obligation du conseil juridique était plutôt de conseiller à son client de ne pas donner quittance du prix contre la remise de chèques non certifiés et surtout de ne pas transférer la jouissance du fonds de commerce dès la signature de l'acte sans attendre l'encaissement des chèques (395).

En définitive, l'obligation de conseil implique, en principe, des explications plus détaillées de la part du débiteur. En outre et surtout, le conseil implique des connaissances plus étendues de la part du débiteur. C'est pourquoi nous verrons que le débiteur n'a qu'une obligation de moyens de rechercher quel est le conseil opportun à transmettre (396).

Le conseil et la mise en garde impliquent tous deux une liberté d'appréciation de leur destinataire qui peut suivre ou ne pas suivre les conseils donnés (397).

Si le créancier décide de ne pas suivre ces conseils, c'est à ses risques et périls et cela n'aura de conséquences éventuellement néfastes que pour lui-même. C'est pourquoi La Rochefoucauld disait, dans ses Maximes, que « l'on ne donne rien si libéralement que des conseils ». Mais de nos jours, un tel comportement risquerait de se révéler bien nuisible pour le généreux donateur qui a plutôt intérêt à vérifier ses conseils s'il ne veut pas voir sa responsabilité engagée !

En définitive, il est apparu au cours de cette étude, que la différence entre les obligations de renseignement, de mise en garde et de conseil, si elle n'est pas toujours très nette, n'en est pas moins importante, tant d'un point de vue pratique que théorique.

D'un point de vue théorique, la distinction est possible : il y a une différence entre l'obligation de renseignement - fournir un renseignement brut -, l'obligation de mise en garde - attirer l'attention sur les risques ou au moins les inconvénients à ne pas adopter un certain comportement - et l'obligation de conseil - mettre en relation un renseignement avec l'objectif poursuivi par le créancier pour faire apparaître l'opportunité d'un certain comportement.

D'un point de vue pratique, cette distinction est souhaitable, car elle correspond à des diligences particulières pour le débiteur. L'obligation de conseil est de façon générale plus

(395) – V. pour un exemple similaire, Civ. 1^{ère}, 24 Mars 1987, Bull. Civ., I, n° 104, p. 77 : « Les avocats rédacteurs d'actes sont, afin d'assurer l'efficacité des conventions, tenus à l'égard de toutes les parties d'un devoir de conseil, dont la mesure et la portée dépendent des circonstances. Est dès lors légalement justifiée la décision d'une cour d'appel qui, pour retenir la responsabilité de l'avocat, rédacteur d'une promesse de vente d'un immeuble, vis à vis de l'acheteur dont il n'était pas le conseil, retient qu'il appartenait à cet avocat d'attirer l'attention de l'acquéreur sur les risques de la désignation inhabituelle du vendeur en qualité de séquestre de la somme versée par l'acheteur ».

(396) – Gavalda, Rev. Banq, 1989, p. 583.

(397) – De la même façon d'ailleurs, le créancier est libre de tirer ou non les conséquences du renseignement ou de la mise en garde donnés.

sévère que l'obligation de mise en garde car elle implique, outre l'avertissement sur les inconvénients ou les risques de la chose objet du contrat, une explication détaillée des moyens d'éviter, ou tout au moins de réparer, les conséquences dommageables de l'ignorance de la mise en garde.

En conclusion, il existe de très nombreuses modalités d'exécution de l'obligation d'information, c'est-à-dire, d'une part, différents degrés d'information et, d'autre part, diverses normes de transmission de cette information. Le renseignement est bien la réponse à une demande d'information.

Paragraphe II

Les limites du conseil du banquier.

Le conseil, dans son expression, la plus simple est une mise en garde. Le conseil peut aussi être positif. Il consiste alors à indiquer à une personne une voie particulière. Le conseil peut-il aller jusqu'au refus de contracter ? Le banquier, teneur d'un compte de titres ou prêteur de deniers doit-il devant les risques engendrés par l'opération refuser de contracter ou d'obéir aux ordres du client ? Le refus de consentir ou d'exécuter l'opération est-il la phase ultime du devoir de conseil ? Nous ne le croyons pas. Il nous semble au contraire que le refus de contracter marque la limite du devoir de conseil. D'autre part, comme nous l'avons déjà remarqué, le conseil contient nécessairement une information. Dès lors, lorsqu'on parle d'information délivrée par le banquier, on pense automatiquement au secret bancaire. Le conseil connaît donc deux limites. Une limite tirée du refus du banquier de contracter et une autre tirée de l'information délivrée par le banquier.

A

Le refus de contracter ou d'exécuter les ordres du client.

I – S'il est un domaine, où la reconnaissance de la liberté de contracter, ou de ne pas contracter semble s'imposer, c'est bien celui des opérations de banque. Celles-ci, en effet, reposent sur une "confiance réciproque" entre les parties.

Elles comportent un "risque" (398), tant pour le client, que pour le banquier. Il paraît conforme à la nature des choses de laisser à l'un et à l'autre, la plus entière liberté de décision. La "réalité juridique" présente n'est pas, aussi, tranchée. Depuis longtemps, déjà, la législation impose, directement, ou indirectement à de nombreuses catégories de personnes, le recours aux services des banques. L'Article 6 de la Loi Algérienne n° 05-01 du 6 Février

(398) – J. Stoufflet in Droit Bancaire, 1961, p. 195.

2005 modifiant et complétant l'Ordonnance n° 75-59 du 26 Septembre 1975 portant code de commerce (J.OR.A.D.P n° 11 du 09 Février 2005, p. 7) (399) rend obligatoire l'usage du chèque, ou du virement bancaire, ou postal, pour de nombreux paiements.

La réglementation des relations financières avec l'étranger prévoit, par ailleurs, le recours aux "intermédiaires agréés", pour la plupart des règlements commerciaux et financiers. Les commerçants doivent donc être titulaires d'un compte bancaire ou postal. De telles prescriptions ne suscitent pas d'objections. Au reste, elles laissent, à ceux qui doivent faire appel aux banques, "un choix", assez large étant donné le nombre d'établissements qui sont, à même, de fournir une prestation déterminée.

Le banquier peut-il, de son côté, revendiquer "une semblable liberté" ? En clair, a-t-il, l'obligation de fournir à ses clients, ou à d'éventuels clients, les services bancaires (service de caisse, service de crédit) ? En d'autres termes, plus juridiques, est-il obligé de conduire les opérations qui assurent "la fourniture de tels services" ? Est-il obligé de contracter ? Certains clients ont agi, en responsabilité contre la banque qui avait refusé de leur ouvrir un compte, ou de leur fournir un service (400).

Il pourrait sembler que l'ouverture d'un compte de dépôt ne comporte aucun danger, pour le banquier même si le client dispose de la faculté de tirer des chèques. Après tout, le tiré n'a à acquitter que les chèques réguliers, dûment provisionnés. C'est négliger les perturbations, qu'entraînent, pour la banque, "les opérations frauduleuses", ou simplement "illicites" d'un client, "le risque" qu'un "paiement à découvert" soit accompli par suite d'une tolérance, assez, fréquente, dans la pratique sans possibilité de remboursement.

Le refus du banquier est-il pour autant possible en la matière et dans l'affirmative le droit de refus est-il inconditionnel ? Il ne paraît pas que l'application du "droit des contrats" paraisse, ordinairement, conduire à une condamnation du refus. Certes, les banques, spécialement, par la publicité à laquelle elles se livrent sont en état d'offre permanente au public, mais il est manifeste qu'une telle offre n'exclut pas la faculté de peser le "risque couru" et d'écarter librement les candidats à l'ouverture d'un compte, qui sembleraient insuffisamment dignes de confiance. C'est sur le terrain du "droit économique", qu'apparaît la "spécificité du problème", dont les données ne cadrent pas parfaitement avec celles qui ont inspiré "la réglementation du refus de vente". L'on sait que l'Article 15 Alinéa 2 du Chapitre I du Titre III de la Loi Algérienne n° 04-02 du 23 Juin 2004 fixant les règles applicables aux

(399) – En effet, l'Article 6 de la Loi n° 05-01 dispose que : « tout paiement d'un montant supérieur à un seuil fixé par voie réglementaire doit être effectué par les moyens de paiement, notamment, par excellence, les chèques ou virements bancaires, à travers les circuits bancaires et financiers ».

(400) – Sur l'ensemble de la question, V. Ch. Gavalda, "Le refus du banquier", J.c.p., 1962 – I – 1727.

pratiques commerciales (J.O.R.A.D.P n° 41 du 27 Juin 2004, p. 4) : « interdit de refuser sans motif légitime, la vente d'un bien ou la prestation de service dès lors que ce bien est offert à la vente ou que le service est disponible ». Ce texte, s'applique-t-il, en cas de refus d'un compte bancaire ? La nécessité déjà relevée, pour la plupart des agents économiques et même de simples particuliers de disposer d'un compte, milite par "une réponse affirmative". On a, toutefois, fait valoir que la disposition considérée n'a pas pour objet direct, de procurer à ceux qui en ont besoin "certains biens", ou services mais elle renforce la concurrence spécialement entre les divers réseaux de distribution. Or, la concurrence n'est pas en cause dans la situation examinée. Il reste que le texte n'intègre pas "les conséquences économiques du refus". On ne peut, en réalité, éviter le débat de principe : "les prestations bancaires" n'échappent-elles pas par leur nature à l'obligation de vendre, à raison "des risques" qu'elles comportent ? Beaucoup le pensent, s'agissant du moins de prestations qui (tel le paiement des chèques) comportent des risques notables pour le banquier (401).

Sans contester le risque couru par la banque, même, pour des opérations principales et n'incluant pas nécessairement une dérogation à l'Article 15 Alinéa 2 précité, il suffit, pour protéger les intérêts légitimes du banquier d'admettre très libéralement, les raisons de son refus (402). Encore faut-il qu'il les expose et c'est là le véritable enjeu de la discussion. Il importe cependant de souligner que la Loi Algérienne (403) n° 05-02 du 06 Février 2005 précitée a réglé ce problème.

La mission impartie par cette Loi aux banques auxiliaires de la justice dans le traitement des chèques les amène en premier lieu à agir, préventivement, en amont, en quelque sorte, en sélectionnant les émetteurs potentiels des chèques sans provision. Un certain nombre d'obligations en effet (Articles 526 bis et 526 bis 1 de la Loi n° 05-02 du 6 Février 2005) pèsent sur les banquiers. Le banquier doit rester maître de refuser telle ou telle ouverture de compte, son refus éventuel doit être motivé et ce afin de permettre à la banque d'Algérie au cas où celle-ci serait saisie par la personne éconduite, d'apprécier. Indépendamment, du cas de l'interdiction bancaire (Article 526 bis 3 de la Loi n° 05-02) ou judiciaire, l'organisme national qu'est la banque d'Algérie (banque des banques) pourra toujours ordonner à une banque de contracter avec tel client mais avec le seul devoir de lui offrir le service minimum de caisse sans obligation de remise de chéquier. Ainsi la mise en place d'un dispositif adéquat permet en pratique une relative sélection de la clientèle réalisée par le banquier assurant conséquemment une certaine prévention des impayés.

(401) – En ce sens, Trib. Com. Seine 27/06/1960, DP 1961, p. 555, obs. Marin.

(402) – En ce sens, Trib. Com. Seine 29/10/1961, DP 1962, p. 78, obs. Gavalda.

(403) – S'est inspirée, à notre sens, de ce qui existe dans le domaine des assurances.

Donc, le refus d'ouvrir un compte et (partant de délivrer un carnet de chèques) (Article 526 bis Alinéa 2 de la Loi n° 05-02 du 6 Février 2005 modifiant et complétant l'Ordonnance n° 75-59 du 26 Septembre 1975 portant Code de Commerce) est donc légalisé. Ces textes précités de la Loi n° 05-02 sont clairs et semblent bien déroger à l'Article 15 de la Loi n° 04-02 du 23 Juin 2004 fixant les règles applicables aux pratiques commerciales (J.O.R.A.D.P n° 21, p. 4). Toutefois, les textes ont une portée bien précise et ne peuvent justifier le refus d'ouverture de compte de dépôt sans délivrance de chèquiers. Si l'hésitation est permise, quant à la légitimité du refus bancaire, en matière d'ouverture de compte, il ne saurait y avoir de doute pour les crédits que le banquier est toujours libre de refuser sans avoir à justifier son défaut de confiance.

Cette faculté ne peut être mise en échec que par un engagement contractuel prenant la forme par exemple d'une ouverture de compte. Des juges du Tribunal de Grande Instance de Lyon ont eu récemment à connaître d'une difficulté se rapportant à une situation de ce type (404).

Par contre selon l'Arrêté Ministériel du 08/05/1971 modifié par celui du 11 Août 1972 prévoyant le bénéfice des avantages de l'épargne-logement, les titulaires d'un compte d'épargne-logement (405) peuvent obtenir à l'expiration d'un certain délai et lorsque le montant des intérêts acquis est suffisant un crédit immobilier dont le montant est fixé en fonction de ces intérêts. Le titulaire du compte acquiert, donc un droit à crédit qui trouve sa source à la fois dans un texte et dans la convention d'ouverture de compte.

Le banquier ne peut donc refuser le crédit d'une manière arbitraire. Comment peut-il alors justifier un refus ? Selon la jurisprudence, le refus ne peut être justifié que par la non fourniture des garanties que la loi permet au banquier de demander : Notamment, la garantie hypothécaire, encore, faut-il que les exigences du banquier soient raisonnables, c'est-à-dire que les garanties offertes par le client, soient justement évaluées et que le risque lui-même ne soit pas exagéré, artificiellement.

La décision précitée indique, à juste titre, que les juges peuvent vérifier, si les garanties proposées par l'épargnant sont suffisantes. On fera des réserves, en revanche, sur la référence à "l'abus de droit", dont est assortie cette observation. En effet, l'attitude du banquier semble pouvoir être appréciée sur des bases objectives. L'intention de nuire, dont se colore l'abus de droit, n'est pas nécessaire, pour que le refus bancaire soit fautif, compte-tenu de l'existence d'un engagement antérieur. Si le banquier n'est pas en droit de refuser un crédit promis, il peut, au contraire, dans la mesure où il a des raisons de douter, du

(404) – Trib. Gr. Ins. Lyon 13/12/1973, Banque 1973, 828, obs. Lucien Martin.

(405) – Q.N.I. "El Moudjahed" du 25/07/1971, Dossier 643-2.

sérieux d'un déposant, refuser d'ouvrir un "compte d'épargne-logement".

II – Quant à la question du refus du banquier d'accomplir une opération de caisse, nous savons que la convention d'ouverture de compte implique la promesse de fournir au client un service de caisse minimum, dès lors, que les opérations demandées entrent bien, dans le cadre des mandats, habituellement, exécutés par la banque et ne présentent aucun risque, ni désagrément pour elle ; Par conséquent, et à notre avis (argumenté ci-après), le banquier ne peut refuser d'accomplir un tel service, sans donner "les motifs de son refus". Tout d'abord, le service de caisse est un corollaire du dépôt en banque, ensuite la législation sur le chèque (notamment, l'Alinéa 8 de l'Article 537 du C.C.O.A qui sous-entend que la banque ne peut refuser de payer un chèque, régulièrement, assigné sur ses caisses) impose au banquier la fourniture d'un service de caisse minimum (retrait, chèques certifiés) au client qui s'est vu condamner pour émission de chèques sans provision et a été privé d'émettre des chèques ; Par contre, les banques peuvent refuser la délivrance de formules de chèques, autres que celles permettant les retraits de fonds par le client lui-même. Il est vrai que la délivrance de formules de chèques peut être source de responsabilité et de désagrément.

Ne peut-on en déduire par un "raisonnement a contrario" que si la loi a pris soin de dispenser les banques de fournir un tel service de caisse, c'est qu'en général, elles ont l'obligation de fournir un tel service, s'il ne présente pour elles, aucun désagrément, ou risque ?

En jurisprudence, seul, à notre connaissance, le tribunal de commerce de la Seine a eu à connaître de la question (406). Il a admis que : « la banque, comme tout commerçant avisé, peut garder la libre disposition de ses actes et le libre choix des mandats qui pourraient lui être confiés... ». Il faut, cependant, remarquer que dans l'espèce qui a donné lieu au jugement de ce tribunal, l'opération de caisse était complexe (domiciliation de titre à l'exportation) et « aussi indésirable que dénuée d'intérêt pour la banque ».

En outre, qu'en est-il des autres prestations financières bancaires que le banquier peut être sollicité d'accorder ?

Voici, par exemple, une personne qui se présente au guichet d'une banque pour effectuer une opération de change, obtenir des dollars contre des euros en vue d'un voyage à effectuer aux Etats-Unis ou bien encore voici une personne qui se présente au guichet d'une banque et qui en constituant sur l'heure une provision suffisante et réelle, entend charger le banquier de lui acquérir en bourse des actions ou des obligations ?

Le banquier ainsi sollicité peut-il refuser son concours ? la situation est indiscutablement différente des précédentes. Il n'est plus question de faire intervenir ici le

(406) – En date du 07 Janvier 1995, Rev. Banq. 1995.111, obs. X. Marin.

caractère intuitu personae de la relation destinée à s'établir entre le banquier et la personne qui s'adresse à lui, au surplus, le banquier ne court aucun risque en la circonstance (407).

C'est la raison pour laquelle en de tels cas, il apparaît qu'il n'y a point de raison valable d'admettre que le banquier peut refuser son concours et de ne pas faire application au banquier du texte de l'Article 15 précité interdisant à titre de principe le refus de prestation de service. C'est, au demeurant, le résultat qu'a consacré la Cour d'Appel de Paris, par Arrêt du 13 Mars 1961 (J.c.p. 1962, 2. 1290), au bénéfice d'une motivation différente postulée par les circonstances de l'affaire. C'était l'époque de la grande folie pour les actions R.E.P, c'est-à-dire les actions des Sociétés de recherche de Pétrole en Afrique. Tout le monde voulait en avoir sans pressentir qu'un jour venu plus personne ne pourrait en posséder.

Le comptoir national d'escompte avait été chargé de placer dans le public les actions émises par la société Cofirup. Cette banque avait prétendu réserver à ses clients le paquet de titres qu'elle avait à placer, et elle avait éconduit une personne qui s'était présentée à elle et qui n'était pas sa cliente. La cour d'Appel a considéré que la banque n'avait pas exécuté correctement le mandat que lui avait confié la société émettrice et que de ce chef elle avait engagé sa responsabilité. On observera que c'est à partir du mandat reçu par la banque et prétendument mal exécuté que celle-ci a vu, en la circonstance, sa responsabilité mise en cause.

On signalera que la commission des opérations de bourse estime qu'une banque peut refuser l'exécution d'un ordre de bourse, à la différence de l'agent de change qui est investi d'un monopole d'exécution de la monnaie et de crédit.

Par ailleurs, les instructions de la banque d'Algérie, ou de simples recommandations, ou mises en garde "des autorités financières" limitent, sensiblement, la liberté contractuelle. A ces raisons générales, s'ajoutent des données, plus spécifiques : - La première de ces données est "l'emploi" dans plusieurs opérations bancaires, "de techniques juridiques", très élaborées et parfaitement adaptées aux impératifs financiers et économiques mais dépourvues de souplesse. Ces techniques mises au point par les praticiens consacrées non sans hésitation parfois par la jurisprudence sont en fait pour les parties à peu près intangibles. Il n'en est pas de meilleur exemple que le compte courant.

Instrument de règlement, particulièrement, ingénieux et sûr, le compte courant permet un règlement global des créances et des dettes naissant entre les correspondants, par une "technique de fusion des créances". Le mécanisme n'est pas aménageable. Les modifications qui leur seraient, contractuellement, apportées (par exemple, la reconnaissance à une partie de la faculté d'exclure, librement, les créances du compte), en

(407) – Vasseur, Droit et Economie Bancaires, Fascicule II, opcit, p. 383.

fausseraient le fonctionnement et pourraient entraîner une “disqualification”.

Une constatation identique pourrait être faite, à propos de l'escompte. Les parties sont liées à la technique, qu'elles ont choisie et on voit mal les aménagements qu'elles pourraient y apporter. Les tentatives qui ont été faites ont soulevé de grandes difficultés. Aussi, il a été, parfois, stipulé, en une matière qui touche, à la fois, au compte-courant et à l'escompte, que les effets escomptés, impayés à l'échéance pourraient être conservés par le banquier escompteur à titre de “garantie” malgré la contrepassation, alors qu'ils font, normalement, retour au remettant “in bonis”. Cette clause n'est pas parvenue à s'imposer même si les tribunaux en ont parfois reconnu la validité (408).

Aux difficultés résultant de la technique juridique s'ajoutent celles, non moins fortes d'ordre économique et financier. Les banques sont tributaires pour leurs opérations avec la clientèle, du “marché de la monnaie et des capitaux”.

A vrai dire, aucun commerçant, aucun producteur n'est maître des prix de revient des produits, ou prestations, et les conditions qu'il applique à des clients sont, largement, déterminées par les facteurs externes qui échappent à son action : prix des matières premières et de l'énergie, taux des salaires, montant des taxes et impôts, durée des transports, délais de paiement consentis par des fournisseurs.

Pour le banquier, “ces facteurs externes” ont, toutefois, un impact, tout, particulier.

Le banquier travaille, essentiellement, au moyen de capitaux, qu'il se procure, auprès de tiers (déposants, autres banques, banque centrale), il est, économiquement “un intermédiaire”, et les “facteurs externes”, comme la variation des taux de l'intérêt, ont un “effet immédiat”, sur les conditions appliquées à la clientèle. Cette incidence est, d'autant plus, sensible, que les facteurs externes : taux de l'intérêt, abondance des capitaux sur le marché ne sont pas déterminés par “le libre jeu des mécanismes économiques”, ou varient, artificiellement, sous l'action de l'autorité publique, intervenant, à des fins : politique, économique et monétaire.

Les conditions des contrats bancaires sont, donc, souvent prédéterminées. Elles s'imposent non seulement au client comme c'est le cas pour les “contrats d'adhésion”, mais, également, dans une mesure importante au banquier lui-même. Il serait “excessif” d'affirmer qu'il n'y a, jamais, place dans ces contrats, pour “la discussion” et la “négociation”.

Souvent, il est possible de tenir compte des convenances du client qui commandent le choix de la formule du crédit, du montant, de la “durée”, du moins “bancaires”. Les garanties sont aussi un « élément » pour lequel il existe une large « marge de liberté ». Mais, on ne

(408) – V. J. L. Rives-Lange, “Liberté des conventions et la contrepassation avant la clôture du compte-courant”, J.c.p. 1965-I-1889.

conçoit, guère, que “la nature-même” des obligations des parties puisse être l’objet de discussion, et s’agissant du taux d’intérêt, la marge de négociation est fort, restreinte (409).

III – Au demeurant, dans les pays anglo-saxons, l’accès au compte en banque est, encore, plus strictement, limité qu’en Algérie, car le particulier ne peut y accéder que s’il est présenté et parrainé par des confrères, ou amis déjà clients donnant ainsi un aspect “club privé” à la clientèle de banque.

Enfin, en ce qui concerne “la liberté de ne pas contracter”, les contrats bancaires sont un peu en retrait, par rapport au droit commun, puisqu’on constate, à tout le moins, une tendance à reconnaître au banquier, une “faculté de refus”, dont ne bénéficient pas les autres commerçants.

Certes, le débat relatif au refus de contracter a eu essentiellement lieu en matière d’octroi de crédit ; mais, il peut être intéressant de l’étudier sous l’angle du « devoir de conseil » en général pour deux raisons. D’abord, nous n’avons constaté aucune différence relative au contenu du conseil en matière d’octroi de crédit. Dès lors, si le débat existe en matière d’octroi de crédit, il peut exister dans les autres domaines également. Dès lors, leur étude pourra aider à éclairer cette difficulté.

De nombreux auteurs assimilent, particulièrement, en matière d’octroi de crédit, le devoir de conseil et le refus de contracter. Pour certains, même, il n’y aurait pas, en matière d’octroi de crédit, de devoir de conseil mais seulement un devoir de ne pas consentir un emprunt risqué pour le client. Au nombre de ces auteurs, on trouve notamment MM. Legeais (410) et Gourio (411).

En consacrant une obligation de conseil à la charge du banquier, la cour de cassation a ouvert une porte à la réflexion. En effet, on part du principe que le banquier est tenu de conseiller le client sur l’opportunité du crédit lorsque ce crédit est disproportionné, trop important par rapport aux ressources du débiteur. A partir de là, il n’y a qu’un pas pour affirmer que le banquier est alors tenu de refuser le crédit sollicité. En effet, selon ces auteurs, plusieurs arguments militent en faveur d’une telle analyse. D’abord, on voit mal pourquoi le banquier irait malgré le risque manifeste de ne pas être remboursé qu’il encourt, consentir le crédit.

Cet argument ne peut pas tenir longtemps. D’autre part, selon M. Legeais, le devoir de conseil perdrait de son efficacité s’il n’était que conseil et s’il n’imposait pas du même coup

(409) – J. Stoufflet in Mélanges, Paris 1951, opcit.

(410) – Legeais (D.), L’obligation de conseil de l’établissement de crédit à l’égard de l’emprunteur et de sa caution, Mélanges AEDBF, 1999, p. 257.

(411) – Gourio (A.), Le prêteur est-il réellement tenu d’une obligation de conseil envers le particulier emprunteur ? J.c.p. 1999. II, p. 49.

au banquier de refuser l'emprunt. De plus, selon M. Gourio, cela ne correspond pas à la réalité du processus de formation du prêt. En effet, selon cet auteur, l'emprunteur « potentiel » va voir son banquier non pas pour solliciter un conseil mais une décision : celle d'accorder le prêt ou de ne pas l'accorder. Il ajoute enfin que la véritable faute que sanctionne la cour de cassation, c'est l'octroi excessif de crédit, que le banquier est tenu de refuser.

Le raisonnement en fait ici, c'est que le banquier sera sanctionné dès qu'il a octroyé un crédit excessif.

Cependant, il ne nous semble pas que cette solution puisse prospérer très longtemps et ce pour plusieurs raisons. Le devoir de conseil est mis à la charge de la banque de crédit dans l'intérêt de l'emprunteur. C'est pour protéger l'emprunteur « contre » un banquier que la cour de cassation a mis à la charge des banquiers un devoir de conseil. Dès lors, dès que le banquier a donné son conseil au client, il est déchargé de toute responsabilité. Dès que le client sait les risques qu'il encourt, le banquier est déchargé de sa responsabilité. S'il n'existe pas de jurisprudence où un client, malgré les mises en garde du banquier s'est malgré tout engagé dans l'emprunt, on trouve de nombreuses jurisprudences, où l'emprunteur connaissait les risques inhérents à l'opération. Dans ces espèces, la cour de cassation ne sanctionne pas le banquier parce que l'emprunteur connaissait les risques inhérents sans rechercher par ailleurs si l'opération de crédit était ou non excessive. Dès lors, ce n'est pas un refus de contracter que la cour de cassation impose au banquier. Cette analyse est corroborée par plusieurs choses.

Si on fait un comparatif avec la matière boursière, on voit que le banquier, tenu d'un devoir de conseil, n'a pas à refuser d'exécuter l'ordre de bourse du client. Cette idée est, en la matière, hors de propos. Pourtant, c'est bien la même obligation de conseil qui est ici mise à la charge du banquier. Elle a le même contenu. D'autre part, admettre que le devoir de conseil du banquier l'oblige à refuser le crédit, c'est admettre en fait un devoir d'ingérence dans les affaires de son client. En effet, le client même profane reste maître de ses affaires. Le banquier ne doit en aucune façon prendre des décisions à la place de son client. Considérer que le banquier doit refuser le crédit lorsque celui-ci est dangereux, c'est faire prendre la décision finale au banquier et finalement le laisser gérer les affaires de son client. Dès lors, il nous semble impossible que le conseil puisse aller jusque là. L'incitation est le seul outil pour concilier les deux impératifs que sont le devoir de vigilance du banquier et le devoir de non-immixtion. Certes, pour reprendre l'argument avancé par M. Legeais, l'utilité du conseil est alors amoindrie. Cependant, l'utilité du conseil ne peut décemment pas imposer une telle violation du devoir de non-ingérence. Le client doit rester libre de

contracter ou de ne pas contracter, maître de ses engagements.

Le conseil, s'il est une incitation ne doit rester qu'une incitation. Le refus de contracter est donc la première limite posée au conseil du banquier. Il existe une autre limite : le secret bancaire.

B

Le secret bancaire.

Le banquier qui remplit une mission de conseil devra nécessairement délivrer une information. En effet, celui qui conseille de faire ou de ne pas faire doit expliquer les raisons de son choix et par là même fournir des informations à son client. Le conseil inclut donc forcément une information. Or, le banquier dans l'exercice de sa profession n'a pas une entière liberté de parole. Il est au contraire tenu à un devoir de discrétion autrement dénommé secret professionnel ou bancaire. Le secret bancaire est consacré légalement par l'Article 117 de l'Ordonnance Algérienne n° 03-11 du 26 Août 2003 relative à la monnaie et au crédit. Il implique que le banquier ne dévoile ni ne communique les informations confidentielles. Ces informations confidentielles sont les informations précises, souvent chiffrées. Les informations confidentielles sont également celles qui relèvent du secret des affaires car le secret bancaire « s'arc-boute » sur le secret des affaires. Ainsi, sont également confidentielles les informations relatives à l'organisation d'une entreprise, ses projets d'extension, d'investissements.

L'Article 301 du C.P.A dispose que : « Les médecins, chirurgiens, pharmaciens, sages-femmes, ou toutes autres personnes dépositaires, par état, ou profession, ou par fonctions permanentes, ou temporaires, des secrets, qu'on leur confie, qui hors le cas où la loi les oblige, ou les autorise, à se porter dénonciateurs, ont révélé ces secrets, sont punis d'un emprisonnement d'un à six mois, et d'une amende de 50 à 5.000 DA » (412).

Les informations non confidentielles sont celles d'ordre général. Ainsi, par exemple, en est-il d'informations sur la solvabilité d'un client, sur l'existence de chèques impayés, de protêts, etc.... Le banquier, à l'occasion du conseil, peut donc délivrer les informations non confidentielles mais doit passer sous silence les informations confidentielles. Cependant, un problème voit alors le jour. Comme a pu le relever un auteur, garder le silence peut aussi être à l'origine d'un préjudice. En effet, imaginons que le banquier doit conseiller à son client

(412) – Cf. Fatiha Taleb, De la responsabilité civile du banquier en matière de service de caisse et de services commerciaux annexes, Séminaire Droit Bancaire, 2 Tomes, S.I.B.F, Alger, 1998, p. 280 du 1^{er} Tome.

de ne pas faire de crédit. Il sait en effet que l'entreprise pour laquelle le client travaille (cliente elle-même) va être délocalisée et que celle-ci va le licencier. Il doit garder le secret sur cette délocalisation. Pourtant, il doit expliquer à son client les raisons de sa réticence, puisqu'il est tenu à un devoir de conseil. Le problème se pose donc de la conciliation entre ces deux devoirs. Il nous semble qu'une solution peut être trouvée dans la pratique bancaire. Le banquier doit pouvoir faire comprendre sans délivrer exactement les informations, tout en gardant à l'esprit qu'il ne doit délivrer que des informations exactes. Plus de discussions ne sont pas utiles car nous sommes ici dans une hypothèse d'école. Dans ces cas là, le banquier n'hésitera pas et refusera le crédit.

Lorsque le banquier formule son conseil, il exécute son devoir de conseil. Le client reste alors libre d'en tenir compte ou pas. S'il n'en tient pas compte, il ne pourra pas obtenir que le banquier soit sanctionné. On aborde là la question de la sanction du devoir de conseil.

Section II

La sanction de la violation du devoir de conseil du banquier.

Conseillers et conseillers n'ont pas toujours été malmenés par les tribunaux comme ils peuvent l'être aujourd'hui. Ils ont connu une période faste où leurs conseils, actes de pure amitié et opinions personnelles, n'engageaient nullement leur responsabilité pourvu qu'ils les aient formulés de bonne foi (413). Mais ce temps béni où ils n'étaient pas les payeurs, est bien révolu et l'initié qui doit désormais donner à son interlocuteur le bon conseil, devra répondre de ces omissions et de ses erreurs. Pour faire "payer" l'initié, le juge dispose a priori d'un arsenal impressionnant de textes dont beaucoup étaient présents dès l'origine dans les codes. Cependant, l'absence d'appréhension du phénomène qu'est le conseil par le législateur du XIV^{ème} siècle autrement que sous l'angle du résultat matériellement obtenu par le partenaire de l'initié, a pour inconvénient de laisser impunies certaines pratiques douteuses qui ne peuvent rentrer dans le cadre trop strict du texte légal ou dans l'interprétation qu'en retenait le juge. En conséquence, la jurisprudence a dû compenser la balkanisation des sanctions en acceptant de faire de l'une d'elles, le recours du profane

(413) – Pour un agent de change : Paris, 18 Janvier 1899, S. 1905. 1. 29

Pour un avocat : Bruxelles, 7 Avril 1857. D.P. 1857. 2. 223 ; Trib. Civ. Seine 30 Janvier 1914, Gaz. Pal. 1914. 1. 230 ; Trib. Civ. Valence, 20 Février 1905. D. 1905. 2. 97 ; Trib. Civ. Seine, 6 Mai 1942, Gaz. Pal. 1942. 2. 35.

Pour un notaire : Caen, 3 Février 1857. D.P. 1857. 2. 151.

Pour un banquier : Req. 18 Décembre 1933. S. 1938. 1. 49, note Rousseau.

déçu. A côté de l'émiettement des sanctions, il y a place pour une unité de la sanction (414).

Sous-Section I

L'émiettement des sanctions.

La législation présente le paradoxe d'offrir au profane un certain nombre de textes utilisables pour châtier le sachant qui aurait failli à son obligation de conseil alors que ces textes n'ont pas été spécialement inspirés par l'idée de sanctionner un tel manquement et que la perspective de l'obligation elle-même pouvait être rejetée par le législateur originaire. Il s'ensuit dans le système juridique à la fois une réelle dispersion des textes dont aucun n'est à même d'embrasser à lui seul l'ensemble des manquements commis par l'initié, et une bipolarisation des sanctions autour de deux idées, d'une part celle de la protection du consentement par la qualité de l'information et d'autre part celle de considération du résultat malheureux auquel a abouti le conseil erroné.

Paragraphe I

La sanction du conseil sous l'angle de l'information du profane.

Au moment de la conclusion du contrat, le législateur a voulu assurer au consentement une certaine intégrité. Celle-ci est le fruit de mesures générales, mais peut résulter de dispositions législatives spéciales.

A

Les mesures générales : Les vices du consentement.

Parmi les vices du consentement retenus par les rédacteurs du Code Civil pour protéger le co-contractant, deux d'entre eux semblent, particulièrement, convenir au néophyte qui n'a pas été conseillé ou qui l'a été de manière malencontreuse. Le dol (Article 86 du Code Civil Algérien) et l'erreur (Article 81 du même code) semblent pouvoir être utilement invoqués à l'appui d'une action contre l'initié.

(414) – Il convient de signaler que dans l'étude de la sanction qui va être faite, le propos n'est pas d'envisager l'ensemble des sanctions possibles de l'obligation de conseil, mais au contraire, de dégager l'économie de celles-ci et de montrer comment le manquement au conseil peut faire l'objet de plusieurs angles d'attaque. En conséquence, le lecteur ne saurait trouver une liste exhaustive des sanctions.

a**Le dol.**

Le recours à l'Article 86 du Code Civil Algérien (415) comme sanction de la violation de l'obligation de conseil est envisageable à partir du moment où le profane a été trompé par le sachant. Cependant, l'utilisation de cet article se heurte à certaines réticences qui ne sont pas toutes levées.

La première de ces résistances est liée à la définition même du dol et au cadre étroit où se meut la notion. Le dol est censé comporter un élément psychologique constitué par l'intention de tromper et un élément matériel qui serait le fait de tromperie provoquant l'erreur de l'autre partie et la poussant à contracter. Cette acception de la notion de dol suscite par rapport au conseil deux séries de difficultés.

En premier lieu, la fourniture d'un conseil fâcheux se heurte à l'élément psychologique qui veut que « la simple négligence dans la fourniture du renseignement ne constitue pas un dol même lorsqu'elle provoque une erreur » (416). L'intention de tromper devant être prouvée, le néophyte risque d'éprouver quelque déconvenue dans son effort pour sonder l'âme du sachant et mettre à jour l'intention malicieuse, cela d'autant plus que l'aléa de l'affaire sur laquelle il a été consulté, est important. Certes, les présomptions de connaissances et de compétence qui sont appliquées au débiteur de l'obligation de conseil peuvent venir à son secours en révélant la mauvaise foi de celui qui n'aurait pas dû ignorer les conséquences funestes de ses suggestions, et le caractère déterminant des manœuvres dans la décision de contracter peut être admis facilement par une jurisprudence qui privilégie une appréciation in concreto des plus clémentes pour les créanciers néophytes (417). Il reste aussi que le dol même prouvé peut ne pas être retenu par le juge.

D'une part, le dol doit atteindre un certain degré de gravité ; certains petits silences et certains exagérations sont considérés comme n'ayant que peu d'influence sur la décision de contracter parce qu'ils ne portent pas sur des éléments essentiels. D'autre part, il reviendra au créancier du conseil de convaincre le juge que la négligence du sachant relativement aux informations qu'il a données ou qu'il aurait dû donner ont eu un effet déterminant sur son

(415) – L'Article 86 dispose que : « Le contrat peut être annulé pour cause de dol, lorsque les manœuvres pratiquées par l'une des parties ou par son représentant ont été telles que, sans ces manœuvres, l'autre partie n'aurait pas contracté. Le silence intentionnel de l'une des parties au sujet d'un fait ou d'une modalité, constitue un dol quand il est prouvé que le contrat n'aurait pas été conclu, si l'autre partie en avait eu connaissance ».

(416) – C. Garcin et O. Moreteau, Le dol et l'obligation de renseignement dans la formation des contrats, Ann. Fac. Toulouse 1982, p. 104, n° 18.

(417) – D. Nguyen Thanh Bourgeais, Th. préc. n° 809.

consentement en provoquant une erreur (418).

En second lieu, l'exigence du fait matériel de tromperie soulève un certain nombre d'interrogations. Le texte de l'Article 86 du Code Civil Algérien suppose l'emploi de manœuvres, c'est-à-dire d'actes combinés en vue de la tromperie. Lorsque le sachant a eu recours à des actes positifs pour mettre en scène sa tromperie, le dol est indéniablement constitué, mais la question est plus discutée en cas de simple mensonge et de réticence.

Après avoir hésité sur l'assimilation du simple mensonge au dol ; la jurisprudence a fini par trancher pour l'affirmative (419) et cela même si les faux renseignements n'étaient corroborés par aucune manœuvre, ni aucun artifice. Un conseil qui serait fondé sur de simples allégations mensongères, peut donc constituer un dol et une société de démarchage qui avait incité par ses assertions fallacieuses ses clients à se défaire des bonnes valeurs pour les amener à acheter des valeurs douteuses en remplacement de celles cédées, en a fait l'expérience (420). De même, se rend coupable de manœuvres dolosives, la banque qui présente comme une formalité sans importance la signature d'un acte de cautionnement (421) ou encore qui certifie à la caution que la situation du débiteur est saine et qu'il n'y a aucun risque à s'engager alors que cette situation est obérée (422).

Néanmoins, la voie du dol est pour le profane déçu une voie risquée dans la mesure où un certain dol continue d'être toléré. Malgré les regrets de la doctrine qui déplore la persistance d'un dolus bonus allant à contre-courant de la mise en place d'un droit de la consommation et qui en préconise son cantonnement strict (423), le conseil faussement optimiste pourra rentrer dans l'argumentaire commercial autorisé pourvu que les

(418) – C'est sur ce point qu'ont régulièrement achoppé les actions dirigées contre les banquiers qui avaient recommandé à leurs clients certaines valeurs. Ceux-ci n'ont jamais pu démontrer le caractère déterminant des allégations du banquier sur leur décision d'acheter ces valeurs dépréciées. Voir par exemple : Paris 20 Mars 1887, D.P. 1887. 2. 251 ; Voir de même pour les journaux financiers : Civ. 7 Juin 1872, D.P. 1877. 5. 388.

(419) – Voir par exemple : Civ. 3^{ème}, 6 Novembre 1970, J.c.p. 1971. II. 16942, note Ghestin.

(420) – Req. 17 Octobre 1934, D.H. 1934. 522 ; Voir aussi Rouen, 19 Octobre 1962, Gaz. Pal. 1963. 1. 37 ; Civ. 3^{ème}, 4 Juillet 1968, Gaz. Pal. 1968. 2. 298.

Comp. pour les renseignements du banquier :

- Au sujet des valeurs qu'il a intérêt à placer : Orléans, 23 Août 1882, D.P. 1883. 2. 101.
- Qui vend des titres dépourvus de valeur : Paris 12 Juin 1886, D.P. 1887. 2. 38.
- En affirmant inexactement qu'ils atteignaient un cours élevé et a déterminé par ses conseils et par la publicité l'achat de ces titres. Comp. Paris, 23 Mars 1887, D.P. 1887. 2. 251 ; Paris, 20 Novembre 1902, D.P. 1903. D. 650 ; Paris, 20 Octobre 1934, S. 1934. 2. 222.

(421) – Trib. Civ. Montpellier, 13 Juin 1958, Gaz. Pal. 1958. 2. 304.

(422) – Comm. 7 Février 1983, D. 1984. I.R. 84, obs. Vasseur ; Gaz. Pal. 1983. 1. Pan. Jur. 60 ; J.c.p. 1984, Ed. E. 14152, note Gavalda et Stoufflet ; Defr. 1984. 295, note Aubert ; Bull. Civ. 1984. IV. n° 50.

(423) – C. Garcin et O. Moreteau, opcit, n°22 ; D. Nguyen Thanh Bourgeois, Th. Préc. n° 804.

exagérations restent dans les limites du raisonnable (424). En matière de contrat informatique par exemple, les conseils donnés par les prestataires de service et les vendeurs sont difficilement assimilés au dol en l'absence de manœuvres extérieures nettement définies (425).

L'absence de conseil de la part du sachant renvoie à la question du silence et de la réticence longuement étudiée par la doctrine à propos de l'obligation de renseignements (426). On sait que la jurisprudence qui s'était à l'origine montrée réfractaire à qualifier ce comportement de dolosif en raison de l'absence de manœuvres positives et de la neutralité gardée par l'initié, s'y était finalement résolue lorsqu'il était de l'intérêt de l'autre partie d'être renseignée. Il s'agissait de sanctionner un comportement déloyal (427) et c'est autour de la notion d'obligation de renseignements que se sont organisés « les divers cas dans lesquels le silence d'une partie ou réticence est assimilé au dol » (428).

Dans la mesure où la violation de l'obligation de renseignement est constitutive de dol, l'absence de conseil se traduisant par le fait de ne pas avoir communiqué au néophyte les éléments nécessaires à sa prise de décision ou de ne pas l'avoir averti qu'il commettait une erreur, pourra justifier l'action de ce dernier sur la base de l'Article 86 du Code Civil (429). Ainsi, sera annulé pour réticence le contrat passé entre un fournisseur de matériel informatique et son client parce que ce fournisseur avait dissimulé au client l'inconvénient que représentaient l'adoption de fiches à pistes magnétiques et la saturation inévitable du travail de l'opératrice. Ce manquement a été jugé suffisamment grave pour justifier une telle sanction (430). Subira le même sort la promesse de vente d'une galerie d'art destinée à être cédée « en état complet d'achèvement clé en mains » lorsque par la rédaction inexacte de celle-ci, le cédant n'a pas mis en mesure son client de la nécessité d'obtenir un permis de construire et d'aménager les locaux pour les rendre accessibles au public (431). De même, commettra un dol par réticence la banque qui connaissant la situation lourdement ou irrémédiablement obérée de son débiteur omet de porter cette information à la connaissance

(424) – J. Ghestin, note au J.c.p. 1971. II. 16942.

(425) – Voir par exemple : Paris 25 Novembre 1978, Juris-data n° 843, Paris 19 Janvier 1978, Juris-data n° 50 cités par L. De Lamberterie, Les contrats en informatique, opcit, n° 14 et s.

(426) – J. Alisse, Th. préc. n° 190 et s ; D. Nguyen Thanh Bourgeais, Th. préc. n° 806 ; B. Boccara, Dol, Silence et réticence, Gaz. Pal. 1953. 1. Doct. 24 ; Y. Ivanus, De la réticence dans les contrats, th. Paris, 1924 ; P. Bonassies, Le dol dans la conclusion des contrats, th. Lille, 1955 ; J. Ghestin, La notion d'erreur dans le droit positif actuel.

(427) – J. Alisse, Th. préc. n° 192.

(428) – D. Nguyen Thanh Bourgeais, th. préc. n° 806.

(429) – Civ. 3^{ème}, 15 Janvier 1971, Bull. Civ. 1971. III. n° 89 ; Rev. Trim. Dr. Civ. 1971. 839, obs. Loussouarn ; Civ. 3^{ème}, 25 Février 1987, D. 1987. I.R. 56.

(430) – Paris, 26 Juin 1980, Société Savie c/ Société Logabax et Lomico, Juris-data n° 670 : I. de Lamberterie, opcit, n° 15.

(431) – Civ. 3^{ème}, 9 Février 1982, J.c.n 1983, pr. th.

de la caution afin d'inciter celle-ci à s'engager (432). La cour de cassation n'a pas non plus hésité à casser l'arrêt d'une cour d'Appel qui avait débouté de leur action en nullité de la vente, les acquéreurs d'un "mobil home" qui n'avaient pas été informés par le vendeur de la nécessité d'obtenir une autorisation administrative pour une implantation permanente sur leur propriété (433).

Paradoxalement, c'est la définition légale de l'obligation de renseignements qui peut donner un coup de frein à cette assimilation. C'est notamment ce qui s'est passé dans une espèce où était en cause un crédit à la consommation réalisé en vue de l'acquisition d'un véhicule automobile. La cour de cassation a en effet refusé de voir une réticence dolosive dans le fait pour la société de crédit d'aviser son client de la poursuite du prêt en cas de vol de ce véhicule parce que l'offre de crédit acceptée par l'intéressé avait été établie conformément à un modèle-type sur lequel le législateur n'avait pas jugé libre de faire figurer cet avertissement (434).

La seconde résistance que présente la voie du dol est liée à la sanction prévue par le Code Civil, qui consiste en la nullité relative du contrat. Or, l'objectif premier du créancier du conseil n'est pas nécessairement d'effacer pour le passé et pour l'avenir la relation contractuelle, mais le plus souvent d'obtenir la réparation du préjudice subi. De ce point de vue, la voie la plus directe est bien celle de la responsabilité civile même si des dommages-intérêts peuvent être alloués au cas où la nullité s'avèrerait insuffisante à réparer ce préjudice (435) et même si la jurisprudence accorde au co-contractant trompé le droit de

(432) – Civ. 1^{ère}, 10 Mai 1989, J.c.p. 1989, II, 21363, note Legeais ; Bull. Civ. 1989. I. n° 187 ; Dans le même sens : Aix en Provence, 17 Mai 1979, J.c.p. 1981, Ed. C.I. 13506, n° 112, Obs. Gavalda et Stoufflet ; Civ. 1^{ère}, 21 Janvier 1981, D. 1981. I.R. 503, obs. Vasseur ; Bull. Civ. 1981. I. n° 25 ; Poitiers, 3 Juin 1981, J.c.p. 1982. IV. 209 ; Comm. 8 Novembre 1983, Bull. Civ. 1983. IV. n° 298 ; Rev. Trim. Dr. Comm. 1984. 501, obs. Cabrillac et Teyssié ; Comp. Lyon 27 Mai 1981, D. 1982, I.R. 197, obs. Vasseur où il est jugé que c'est à la caution de demander ces renseignements et d'établir le refus de la banque de les lui donner.

Il faut souligner que la jurisprudence admet facilement la nullité pour dol par réticence lorsque les liens familiaux ou les relations d'affaires permettent à la caution de s'informer, fût-ce sur la simple moralité du débiteur cautionné. Cf. Paris, 5 Décembre 1981, Gaz. Pal. 1982. I. Somm. 81 ; Comm. 16 Février 1982, Bull. Civ. 1982. IV. n° 61 ; D. 1982. I.R. 496, obs. Vasseur ; Civ. 1^{ère}, 10 Juillet 1987, D. 1987. Somm. 445.

En outre, la preuve de la connaissance par la banque de cette situation obérée constituera pour le profane un sérieux obstacle. Cf. Comm. 8 Décembre 1987, Bull. Civ. 1987. IV. n° 263 ; Comp. Trib. Comm. Paris 18 Mai 1979, J.c.p. 1981, Ed. C.I. 13506, n° 80, obs. Gavalda et Stoufflet, où il est jugé que les suspicions du banquier n'entraînent pas la nullité du cautionnement, mais seulement l'octroi de dommages et intérêts. Cependant, l'arrêt de la 1^{ère} Chambre Civile de la Cour de Cassation rendu le 10 Mai 1989 opère un renversement de la charge de la preuve ; la caution n'a plus à démontrer que mieux informée, elle n'aurait pas contracté, la réticence du banquier à partir du moment où elle existe est présumée dolosive et le doute profite à la caution.

(433) – Civ. 1^{ère}, 6 Octobre 1982, D. 1982, I.R. 526 ; Bull. Civ. 1982. I. n° 279.

(434) – Civ. 1^{ère}, 14 Juin 1989, D. 1989. Somm. 338, obs. Aubert ; Bull. Civ. 1989. I. , ° 240.

(435) – Civ. 1^{ère}, 4 Février 1975, J.c.p. 1975. II. 18100, note Larroumet ; Bull. Civ. 1975. I. n° 43 ; Sur l'efficacité de l'action en nullité pour les parties, voir J. Alisse, th. préc. n° 209 et s.

demander des dommages et intérêts, à l'exclusion de la nullité (436).

b

L'erreur.

Faire appel à l'Article 81 (437) du Code Civil Algérien et donc réclamer la nullité du contrat pour erreur est une autre solution envisageable pour le profane déçu. C'est un moyen qui a été largement admis par la jurisprudence en raison de la conception extensive qui est retenue de la notion d'erreur sur la substance de la chose et de la réticence des tribunaux à « se prononcer avec exactitude sur le vice du consentement choisi » (438).

A pu être ainsi résolue la vente des tableaux pour erreur de l'acheteur sur la valeur parce que celui-ci, sans connaissances spéciales, avait été contraint de s'en remettre aux affirmations du marchand lequel avait usé de ses titres et de sa qualité de spécialiste averti pour déterminer dolosivement l'acquéreur à contracter pour un prix excessif (439). De même, a pu être annulé pour cause d'erreur le contrat signé par un boulanger ou un cultivateur séduit par une publicité trompeuse parce qu'était dissimulée aux emprunteurs la clause selon laquelle les prêts étaient différés alors que le souscripteur croyait qu'il s'agissait d'un prêt immédiat (440). Ce vice du consentement a également été invoqué avec succès pour obtenir l'annulation d'une vente de meubles dénommés "massifs" alors qu'ils étaient fabriqués suivant le procédé de l'échelle. Le juge a considéré que c'était au fabricant d'éclairer son client sur le mode de fabrication qu'il comptait employer et d'éviter toute confusion. Dans le cas contraire, il est présumé avoir voulu profiter de la confusion sur la signification des termes (441).

(436) – Comm. 14 Mars 1972, D. 1972. 653, note Ghestin.

(437) – Article 82 du Code Civil Algérien ajoute que : « L'erreur est essentielle lorsque sa gravité atteint un degré tel que si cette erreur n'avait pas été commise, la partie qui s'est trompée n'aurait pas conclu le contrat ».

(438) – J. Alisse, th. préc. n° 198 ; Voir par exemple ; Rennes, 14 Juin 1951, D. 1952. 712 qui considère comme vicié par l'erreur et le dol le cautionnement d'une dette dont le non-paiement, d'ores et déjà certain, était insoupçonné de la caution qui ne s'était engagée que sur les affirmations mensongères du banquier exactement informé de la situation du débiteur.

(439) – Paris, 22 Janvier 1953, D. 1953. 136.

(440) – Rennes, 26 Octobre 1950, J.c.p. 1950. II. 5876, Gaz. Pal. 1951. 1. 27 ; Comm. 18 Juillet 1956. Bull. Civ. 1956. III. n° 220 ; Cf. Pour le cultivateur : Rouen, 25 Mars 1954, J.c.p. 1954. IV. 155 ; Rapp. Pour une promesse de vente d'un appartement moyennant une rente viagère, le vendeur n'ayant ni les facultés mentales, ni les connaissances nécessaires pour comprendre le sens d'une clause de renonciation aux dispositions de l'Article 1590 du Code Civil et n'ayant pas été suffisamment renseigné sur sa portée ; Civ. 3^{ème}, 14 Mai 1985, Gaz. Pal. 1985. 2. Pan. Jur. 288.

(441) – Limoges, 21 Juin 1925, D. 1925. 2. 240.

Toutefois, le profane peut se heurter à la preuve du caractère déterminant pour lui des renseignements et des conseils omis. C'est ainsi que les cautions ne peuvent souvent tirer parti de l'erreur qu'elles ont commises sur la solvabilité du débiteur principal pour peu que la banque bénéficiaire du cautionnement ignorât la situation réelle de son client, faute de pouvoir démontrer qu'elles ont fait de cette solvabilité la condition de leur engagement (442).

B

Les mesures spéciales.

La méconnaissance du devoir de conseil par la législation entraîne une prolifération des textes sanctionnant certains manquements du sachant à la loyauté, mais dont l'application se limite à tel ou tel aspect spécifique de l'obligation.

Certains textes entendent combattre un agissement déterminé afin d'éviter pour l'avenir sa reproduction. Ce rôle est essentiellement dévolu aux textes pénaux qui deviennent ainsi les garants de la qualité du conseil fourni.

Si les victimes peuvent toujours invoquer le texte réprimant l'escroquerie dans la mesure où le sachant, à l'aide de ses manœuvres frauduleuses, leur a fait miroiter un espoir chimérique (443), il leur est souvent plus facile de se réfugier derrière la réglementation relative à la publicité mensongère pour peu que la diffusion du conseil se soit opérée sous une forme considérée comme en relevant. La publicité mensongère est en effet réprimée dans la mesure où sa déloyauté peut induire en erreur le consommateur et, à ce sujet, l'affaire jugée par le Tribunal de Grande Instance de Paris, le 25 Février 1977 est significative des potentialités de cette législation à l'égard des conseillers imprudents (444).

En l'espèce, il s'agissait de s'attaquer à l'ingénieux montage qu'avaient imaginé le conseiller pour la vente et le négociateur vendeur d'une société et qui était proposé à la vente sous l'appellation de « propriété à deux » d'un appartement. Le texte publicitaire présentait cette formule comme une chose simple, naturelle et facile : l'un des acquéreurs payerait 41 % du prix de l'appartement et le second en s'acquittant des 59 % restants deviendrait immédiatement et définitivement seul propriétaire effectif ayant fait dès le premier

(442) – Civ. 1^{ère}, 25 Octobre 1977, Bull. Civ. 1977. I. n° 388 ; Comm. 2 Mars 1982, D. 1982. 62, note Agostini ; Rennes, 19 Mai 1982, Rev. Jur. Ouest. 1982. 3. 106 ; Civ. 1^{ère}, 19 Mars 1985, Bull. Civ. 1985. I. n° 98 ; J.c.p. 1986. II. 20659, note Bouteiller ; Civ. 1^{ère}, 11 Février 1986, Gaz. Pal. 1986, 1, Pan. Jur. 84 ; Bull. Civ. 1986. I. n° 22 ; Comm. 8 Décembre 1987, Bull. Civ. 1987. IV n° 263 ; Civ. 1^{ère}, 20 Mars 1989, Bull. Civ. 1989. I. n° 127 ; Rapp. Sur la preuve de l'impossibilité où se trouvait la caution de mesurer l'exacte portée de son engagement en raison de son ignorance des affaires ; Paris, 27 Mars 1987, D. 1987. I.R. 107.

(443) – Il arrive que l'action achoppe sur le caractère déterminant des manœuvres pour la remise de la chose ; Cf. Crim. 11 Juillet 1990, D. 1990. I.R. 220.

(444) – J.c.p. 1979. II. 19141, note Andréi et Divier.

jour une plus value de 41 % non taxable. Or, l'opération consistait à vendre séparément l'usufruit et la nue-propriété. La plus value ne serait acquise au propriétaire effectif qu'au moment de la reconstitution de son droit de propriété par l'extinction de l'usufruit attribué à l'autre « acquéreur » qui n'achetait en réalité que le droit de jouir de l'appartement. Certes, dans l'action intentée, c'était l'opération publicitaire qui était visée, mais l'intérêt de la décision réside dans la condamnation avec l'annonceur du négociateur-vendeur et du conseiller à la vente dans la mesure où ceux-ci avaient négligé les conseils de prudence donnés par deux notaires et un professeur de droit et avaient donc promu une formule qui sur le plan juridique pouvait susciter bien des inquiétudes.

Le délit de tromperie risque de s'avérer un allié précieux pour le profane qui entend faire sanctionner le non respect par le débiteur de certaines obligations de conseil, et ce, depuis les modifications apportées par la Loi du 10 Janvier 1978 à celle du 1^{er} Août 1905. En prévoyant les formes de tromperie, la loi permet désormais d'atteindre le débiteur malhonnête qui a donné sciemment des indications inexactes, s'il ne les a pas tues, sur l'aptitude à l'emploi, les risques inhérents à l'utilisation du produit, les contrôles effectués, le mode d'emploi ou les précautions à prendre. En s'élargissant aux prestations de services, la loi faisait entrer dans le champ de l'incrimination tous les contrats d'entreprise où oeuvrent les débiteurs du conseil et où ces sachants peuvent tromper leurs co-contractants sur le service rendu. La doctrine qui se montrait réticente à reconnaître l'institution de ce délit n'a pas été suivie par la Chambre Criminelle de la Cour de Cassation (445) qui réprime par ce biais des manquements à l'obligation de conseil.

Dans l'arrêt Bensonhoum (446) qui ouvre la voie pour l'application de l'infraction, c'est le devoir de modestie du sachant et son obligation de refuser le contrat qui sont visés. En l'espèce, le sachant avait, en effet accepté de retoucher les dimensions d'un meuble de cuisine livré par le fabricant aux dimensions standard de façon à l'adapter aux mesures de l'emplacement où il devait être installé. Or, le prévenu n'avait ni le personnel qualifié, ni l'outillage nécessaire pour exécuter ce travail et l'adaptation qu'il avait effectuée avait été si bâclée que le meuble était devenu inutilisable et impropre à l'emploi. Faute de s'être montré honnête envers son client en l'informant de son incompetence et en lui conseillant de s'adresser à un autre professionnel mieux équipé, le vendeur s'est retrouvé condamné pour tromperie sur une prestation de services.

(445) – Crim. 9 Janvier 1986 et 9 Juillet 1987 ; Paris, 16 Décembre 1987, J.c.p. 1989. II. 21258.

(446) – Crim. 9 Janvier 1986, opcit.

Dans l'affaire Laloum (447), c'est le conseil déloyal sur l'opportunité des travaux à entreprendre et l'utilité des travaux effectués qui est sanctionné. En l'espèce, le prévenu avait usé de la méthode classique mise au point par les réparateurs, peut-être spécialistes du dépannage rapide mais certainement peu scrupuleux, qui consiste à entreprendre des travaux d'une importance exagérée sur l'appareil dont la panne a motivé l'appel du client. Le remplacement du joint se transforme facilement grâce à leurs conseils intéressés en changement complet de chaudière et le nombre d'heures consacrées à la réparation est d'autant plus considérable que le profane est dénué de toute connaissances mécaniques. L'Arrêt Laloum devrait sonner le glas de telles pratiques et contribuer à moraliser les comportements des prestataires de services en les empêchant d'entreprendre des travaux inutiles et coûteux eu égard aux besoins de leurs clients s'ils ne veulent pas être condamnés pour tromperie sur les qualités substantielles de leurs prestations.

Des peines d'emprisonnement et d'amende auxquelles peuvent venir s'ajouter des sanctions complémentaires comme l'affichage du jugement, la diffusion d'annonces rectificatrices auprès du public, la possibilité de faire cesser la publicité mensongère, de suspendre la commercialisation des produits ou de les retirer du marché devraient contribuer à dissuader les sachants de conseiller mensongèrement les profanes. Mais l'imagination des fraudeurs est sans limites.

Divers autres textes luttent contre des manquements bien précis qui se sont produits lors de la conclusion d'un contrat spécial et qui consistent pour le sachant à ne pas avoir fourni au profane, toutes les informations nécessaires pour qu'il puisse définir, en toute connaissance, la conduite à tenir.

En matière de vente, c'est au mécanisme de la garantie institué par les Articles 379 (448) et suivants du Code Civil Algérien et par l'Article 3 du Décret exécutif n° 90-286 du 15 Septembre 1990 relatif à la garantie des produits et services qu'il sera fait appel lorsque le vendeur se sera abstenu de déclarer les vices cachés de la chose et qu'en conséquence, le profane n'aura pas été éclairé sur les défauts de la chose la rendant impropre à l'usage qu'il voulait en faire. Au plan de la réparation, c'est un moyen favorable au profane. La jurisprudence, en effet, estime que le professionnel ne peut ignorer les vices renfermés par

(447) – Paris, 16 Décembre 1987, J.c.p. 1989. II. 21258. Dans cette affaire, les travaux entrepris étaient superflus et la facturation était d'un montant d'environ dix fois le coût réel de l'opération. Entre autre, le remplacement d'un joint de robinet s'était transformé en réfection d'une colonne inter étages.

(448) – L'Article 379 du Code Civil Algérien énonce que : « Le vendeur est tenu de la garantie lorsque au moment de la délivrance, l'objet vendu ne présente pas les qualités dont l'existence avait été assurée par lui à l'acheteur, ou lorsqu'il est entaché de défaut qui en diminuent la valeur ou l'utilité, eu égard, au but poursuivi tel qu'il est indiqué par le contrat ou tel qu'il résulte de la nature ou de la destination de l'objet. Le vendeur répond de ces défauts, même s'il les ignorait ».

la chose vendue lorsque celle-ci relève de sa compétence technique (449). La présomption irréfragable de connaissance du vice posée par la jurisprudence qui assimile le vendeur professionnel au vendeur de mauvaise foi (450), profite largement au profane en ce sens qu'elle lui offre le choix entre l'action rédhibitoire et l'action estimatoire tout en lui permettant d'obtenir des dommages et intérêts *. Mais c'est aussi une action qui trouve rapidement ses limites dans la définition même du vice caché et dans le bref délai octroyé pour intenter l'action.

En matière de cautionnement, c'est l'application des Articles 645 et 652 du Code Civil Algérien (451) dans un sens favorable aux cautions qui sanctionne le manquement à l'obligation de conseil du banquier. En effet, la jurisprudence considère que les mentions manuscrites devant figurer sur un acte de cautionnement ne constituent pas de simples règles de preuve, mais ont pour finalité la protection de la caution (452). La mention manuscrite est alors destinée à faire apprécier à la caution "la densité" de son engagement (453) en lui faisant prendre conscience de sa nature et de sa portée. Pour éviter la nullité du contrat, il convient donc de porter sur celui-ci la somme en chiffres et en lettres manuscrites dans l'hypothèse d'un cautionnement limité, et, lorsque ce montant n'est pas déterminable, il faut faire figurer au contrat une mention toujours manuscrite exprimant de façon explicite et non équivoque la connaissance qu'a la caution de la nature et de l'étendue de l'engagement qu'elle entend souscrire (454). Dans cette dernière hypothèse, pour savoir si la caution a eu conscience de l'importance de son engagement et a été mise à même de l'apprécier, il est tenu compte non seulement des fonctions et des connaissances de la caution, mais aussi de ses relations avec le créancier et le débiteur cautionné ainsi que de la nature et des caractéristiques de l'obligation (455). En conséquence, le dirigeant de la société cautionnée

(449) – Savatier, note au J.c.p. 1968. II. 13169.

(450) – P. Malinvaud, La responsabilité civile du vendeur professionnel à raison des vices de la chose, J.c.p. 1968. I. 2153.

(451) – L'Article 645 du Code Civil Algérien dispose : « Le cautionnement ne peut être constaté que par écrit, alors même que l'obligation principale peut être prouvée par témoins. Donc le cautionnement ne se présume pas ». L'Article 652 du même code prévoit que : « Le cautionnement ne peut excéder ce qui est dû par le débiteur, ni être contracté pour une somme moindre ni sous des conditions moins onéreuses ».

(452) – Civ. 1^{ère}, 31 Mai 1988, J.c.p. 1988, Ed. E. 17655 ; D. 1989, Somm. 289, obs. Aynès ; Civ. 1^{ère}, 15 Novembre 1989, Bull. Civ. 1989. I. n° 348.

(453) – Aynès, obs. préc.

(454) – Lorsque le cautionnement est limité (voir pour les accessoires de la créance et notamment les taux d'intérêts soumis aux mêmes exigences) ; Civ. 1^{ère}, 10 Mai 1988, Bull. Civ. 1988. I. n° 133 ; D. 1989. 442, note Urbain-Parléani.

(455) – Civ. 1^{ère}, 4 Mars 1986, Gaz. Pal. 1986. I. Somm. 102 ; D. 1986. 342, note Aynès ; Civ. 1^{ère}, 16 Décembre 1986, D. 1987 I.R. 13 ; Civ. 1^{ère}, 24 Mars 1987, D. 1987 I.R. 82 ; Civ. 1^{ère}, 16 Juin 1987. Gaz. Pal. 1987. 2. Pan. Jur. 214 ; Versailles, 13 Mai 1988, Gaz. Pal. 1989. 1. Somm. 30 ; Comm. 21 Juin 1988, J.c.p. 1988. IV. 306 ; Comm. 15 Novembre 1988, Gaz. Pal. 1988. 1. Pan. Jur. 20.

n'a guère plus de chance de triompher dans ses prétentions (456) que n'en ont les membres de la proche famille du débiteur (457), voire les personnes instruites ou rompues aux affaires (458). Par exemple, l'ingénieur qui complète de sa main toutes les mentions laissées en blanc dans le texte imprimé, qui barre celles relatives à l'indivisibilité de la dette et qui révoque son cautionnement à une époque où il pouvait avoir des craintes sur la solvabilité de son gendre, est censé avoir compris la portée de son engagement (459). Quant à la banque, elle doit seulement prendre garde à ce que la mention manuscrite ne soit pas exprimée en termes trop généraux (460).

L'émiettement des sanctions, si patent en ce qui concerne l'information du profane, se retrouve dans la deuxième catégorie de sanctions qui peuvent toucher l'initié en raison de la défectuosité du conseil. S'y ajoute une difficulté supplémentaire, celle de l'occultation de l'activité de conseil.

Paragraphe II

La sanction du conseil sous l'angle du résultat obtenu.

Le législateur napoléonien s'étant largement désintéressé de l'organisation juridique ou la pure activité intellectuelle n'a pu sanctionner en tant que telle l'activité du conseiller qui démeritait. C'est indirectement, au travers du résultat matériellement obtenu, qu'a pu être rattrapé le conseil et qu'ont pu être condamnées les divagations du conseiller irréfléchi ou insensé. Les conséquences matérielles néfastes de l'activité d'un sachant témoignent de l'erreur qui a été commise dans la conception ou dans l'exécution du conseil, et viennent justifier la sanction infligée au conseiller défaillant. Le moteur de cette sanction se trouve d'abord dans la constatation du préjudice subi par le profane, ensuite dans les manquements aux obligations nées du contrat, commis par le conseiller.

(456) – Versailles, 16 Décembre 1987, Gaz. Pal. 1988. 2. Somm. 298 ; Versailles, 13 Mai 1988, Gaz. Pal. 1989. 1. Somm. 30 ; Civ. 1^{ère}, 18 Avril 1989, Bull. Civ. 1989. 1. n° 152 ; Pour le principal actionnaire : Civ. 1^{ère}, 4 Février 1986 ; Gaz. Pal. 1986. 1. Pan. Jur. 84 ; D. 1987. 343, note Aynès ; Pour des associés : Dijon, 3 Octobre 1985, J.c.p. 1987. II. 20726, note Delebecque.

(457) – Pour des épouses : Civ. 1^{ère}, 7 Mars 1989 (2 Arrêts), Bull. Civ. 1989. I. n° 108 et 109 ; D. 1989. Somm. 290, obs. Aynès ; Comp. Pour un lien conjugal relâché : Riom, 25 Février 1988 ; Gaz. Pal. 1988. 2. Somm. 293.

(458) – Comm. 18 Avril 1989, J.c.p. 1989. IV. 226 ; Bull. Civ. 1989. IV. n° 115.

(459) – Civ. 1^{ère}, 10 Mai 1988, Bull. Civ. 1988. I. n° 134.

(460) – Civ. 1^{ère}, 4 Mars 1986, Gaz. Pal. 1986. 1. Somm. 102 ; D. 1986. 342, note Aynès ; Bull. Civ. 1986. I. n° 49 ; Pour une mention qui ne pouvait laisser aucun doute à la caution ; Civ. 1^{ère}, 18 Juin 1985, Bull. Civ. 1985. 1. n° 188 ; Comm. 18 Avril 1989, Bull. Civ. 1989. IV. n° 114 ; Paris, 13 Septembre 1989, D. 1989. I.R. 251 ; Sur le contenu de cette mention, se reporter aux exigences posées par les lois n° 78-22 du 10 Janvier 1978 (Art. 7-1) et n° 79-596 du 13 Juillet 1979 (Art. 9-1 et 9-2) modifiées par la Loi du 31 Décembre 1989.

Le résultat du conseil peut occasionner au conseillé ou à des tiers toute sorte de préjudices : moraux ou matériels, financiers ou physiques. Dans certains domaines d'activité, le conseil peut porter atteinte à la vie ou à l'intégrité corporelle d'un individu en commettant une erreur de raisonnement ou en s'abstenant de signaler un danger. A ce titre, il peut encourir les foudres de la loi pénale et selon la gravité du préjudice, il peut être passible des sanctions. Sur cette base, sont régulièrement attraites devant les juridictions répressives les médecins pour leurs fautes d'imprudance et de négligence (461), les fabricants de produits qui sont intrinsèquement dangereux ou qui le deviennent en raison des conditions de leur utilisation (462).

Néanmoins, la répression n'est pas forcément à la hauteur du danger couru par les individus. Si la condamnation pénale peut éventuellement déboucher sur une interdiction d'exercer qui prive le sachant de ses moyens d'existence, elle se résume la plupart du temps à un bref emprisonnement et à quelques amendes bien légères pour la trésorerie florissante des condamnés. Encore faut-il souligner que cet emprisonnement est le plus souvent assorti de sursis, comme le regrette Monsieur Vindreau (463) en se référant aux célèbres affaires du "Cinq Sept" (464) et du talc "Morhange" (465).

L'amertume éprouvée par le profane devant les sanctions infligées par le juge pénal peut être partiellement compensée par les possibilités que lui offre le droit civil pour obtenir la réparation du préjudice causé par la non obtention du résultat souhaité.

Les obligations engendrées à la charge de l'initié par la nature du contrat passé constituent une première base solide pour tenter d'obtenir une réparation sérieuse. Le droit de la vente apparaît de ce point de vue favorable au néophyte qui peut tenter de démontrer que le manquement à l'obligation de conseil se résout en un manquement à l'obligation de délivrance et de conformité justifiant la résolution du contrat, une diminution de prix ou la condamnation du vendeur à des dommages et intérêts.

(461) – Trib. Corr. Seine, 28 Juillet 1894, Gaz. Pal. 1894. 2. 255 ; Crim. 8 Janvier 1885, Gaz. Pal. 1885. 1. Somm. 124 ; Crim. 23 Avril 1985, D. 1987, Somm. 26, obs. Penneau ; Crim. 21 Mai 1985, D. 1987, Somm. 27, obs. Penneau ; Bordeaux, 28 Avril 1987, Gaz. Pal. 1987. 2. 507.

(462) – Voir par exemple pour le pharmacien fabricant : T.G.I, Bordeaux, 4 Décembre 1959, S. 1960. 94, note F.G. (affaire de la poudre Baumol) ; Versailles, 5 Décembre 1980, Gaz. Pal. 1981. 1. Somm. 15 (affaire du talc Morhange) ; Pour le fabricant de rayonnages : Crim. 5 Septembre 1988, D. 1988 I.R. 257 ; Rapp. Pour les moniteurs sportifs : Crim. 8 Novembre 1983, D. 1985 I.R. 486, obs. J.P. Marty (choix par un guide de haute montagne d'un itinéraire accroissant les dangers et absence de conseils donnés aux stagiaires quant à la distance à respecter entre eux).

(463) – La responsabilité pénale des producteurs : Gaz. Pal. 1989. 1. Doct. 182.

(464) – 4 mois d'emprisonnement avec sursis pour le directeur de la société venderesse du matériau inadapté.

(465) – 4 mois d'emprisonnement plus un mois avec sursis pour le directeur de la société Morhange.

La sanction d'un manquement à l'obligation de conseil peut souvent venir de mécanismes de garantie institués par le législateur pour réparer les conséquences fâcheuses de l'activité du sachant. L'exemple le plus significatif est fourni par les mécanismes mis en place par le législateur à l'encontre des constructeurs. La garantie de l'Article 1791 (466) du Code Civil sanctionne un manquement à l'obligation de conseil dans la mesure où le vice dont est affectée la construction, est le résultat d'une erreur commise en amont lors de l'élaboration et éventuellement lors de l'exécution du conseil.

En matière de vente, il est classique de sanctionner l'inexécution de l'obligation de conseil par la mise en jeu de l'obligation de garantie du vendeur (Article 379 du C.C.A et Article 3 du Décret exécutif n° 90-286). Le recours en garantie conformément à l'Article 376 du C.C.A (467) et à l'Article 5 du Décret exécutif n°90-286 précité sont à la portée du profane victime du comportement anormal du produit, de son inadaptation à l'usage auquel il est destiné et d'une absence d'information. Face à un vendeur professionnel, l'acquéreur pourra lui faire supporter le poids des conséquences dommageables puisque cet initié, assimilé à un vendeur de mauvaise foi, ne pourra démontrer son ignorance et devra réparer l'intégralité du préjudice subi. La garantie des vices cachés peut ainsi être invoquée avec succès contre les fabricants et les vendeurs trop optimistes ou au contraire trop silencieux quant aux dangers et aux particularités de leurs produits (468). En conséquence, ont été condamnés sur cette base le fabricant qui avait lancé sur le marché un fer à repasser électrique à projection de vapeur dont la conception même, contrairement, à la fallacieuse présentation de la notice, ne permettait d'éviter ni l'entartrage, ni les risques d'explosion (469) et le vendeur qui avait omis de signaler les contre-indications d'emploi d'une peinture destinée à des cuves devant recevoir du vin (470). Cependant, l'action en garantie voit son utilisation freinée par les incertitudes prétoriennes relatives à la définition même du vice caché et par l'exigence du bref délai.

(466) – L'Article 1791 dispose : « S'il s'agit d'un ouvrage à plusieurs pièces ou à la mesure, la vérification peut s'en faire par parties, elle est censée être faite pour toutes les parties payées, si le maître paye l'ouvrier en proportion de l'ouvrage fait ».

(467) – La véritable thérapeutique à tous les dangers que peuvent représenter les produits diffusés par l'entreprise consiste en une information claire et précise.

(468) – Pour un vernis vitrifiant : Comm. 25 Novembre 1963, Bull. Civ. 1963. III. n° 499 ; Gaz. Pal. 1964. 1. 281 ; Pour un pneu qui avait la propriété de se dégonfler trop brutalement ; Paris, 18 Novembre 1971, Gaz. Pal. 1972. 1. 289.

(469) – Civ. 1^{ère}, 21 Mars 1968, Bull. Civ. 1968. I. n° 184.

(470) – Comm. 15 Avril 1975, D. 1975 I.R. 148 ; Bull. Civ. 1975. IV. n° 106 ; Rapp. Civ. 3^{ème}, 2 Octobre 1979, D. 1980. I.R. 224 ; Comm. 16 Juillet 1982, Bull. Civ. 1982. IV. n° 276.

En résumé, les mécanismes à la disposition des victimes qui s'estiment mal conseillées par les initiés, sont très présents dans le système juridique. Mais la caractéristique qu'ils partagent, à savoir leur spécialisation ou leur parcellisation, rend leur utilisation précaire tant du point de vue des conditions de leur mise en œuvre que du point de vue de l'efficacité de la sanction. Partant, le filet de sécurité donné au contractant ne remplit pas convenablement sa fonction. Il n'offre pas sous l'angle de la sanction, la protection réellement souhaitée par la victime et il est criblé de trous par lesquels s'échappent les initiés négligents ou que mettent à profit les conseillers déloyaux. En conséquence, une approche plus globale de la sanction des comportements condamnables s'est faite jour.

Sous-Section II

L'unité de la sanction.

L'unité de la sanction s'est réalisée au travers de l'action en responsabilité civile qui est désormais la voie la plus communément empruntée par les victimes qui reprochent à un sachant de n'avoir pas su ou voulu les guider correctement. A l'origine, la jurisprudence qui se souciait de protéger certaines catégories de contractants qu'elle estimait particulièrement vulnérables, a aisément accepté le recours à cette voie de droit et en a assuré le succès par une analyse bienveillante de ses conditions de mise en jeu. Comme l'intérêt essentiel de la responsabilité civile est de procurer à la victime la réparation intégrale du préjudice subi et que cet intérêt correspondait aux vœux des victimes mal conseillées, celles-ci n'ont eu de cesse d'élargir le domaine de l'action, limitée au départ à quelques catégories d'initiés tels les notaires, en attrayant sur cette base devant les juridictions, des sachants de plus en plus nombreux et d'origine de plus en plus diverses. Leurs domaines ont reçu un écho favorable de la part des magistrats qui ont rapidement admis qu'à côté des responsabilités spéciales prévues par les textes régissant la profession ou le contrat en cause, il pouvait y avoir place pour la responsabilité fondée sur le droit commun.

Paragraphe I

La responsabilité du banquier au titre de son activité de conseil.

La victime d'un conseil impropre n'hésitera pas à mettre en jeu la responsabilité de son banquier. S'il existe aujourd'hui une jurisprudence bien établie dans ce domaine, force est de constater que certains éléments d'appréciation atténuent cette responsabilité.

A

Une jurisprudence étrangère bien établie.

La responsabilité du banquier s'appréciera en fonction des rapports le liant au client, et du niveau des prestations concernées (exemple : dans un contrat de gestion de valeurs mobilières : obligation de résultat ou de moyens). La nature juridique de la prestation sera un élément déterminant dans l'appréciation de cette responsabilité.

En principe, sur le banquier qui conseille son client, ne pèse qu'une obligation de moyens et non de résultat. Mais lorsque le conseil prodigué donne pour acquis ce qui n'est que possible, faudrait-il y voir une obligation de résultat ? il s'agit ici d'une appréciation laissée aux juges de fond.

Lorsque le conseil repose sur l'appréciation des risques et des chances (ce sera le cas lorsque le client sollicite les conseils de son banquier à propos d'une diversification de ses activités), le banquier agira prudemment en procédant à une évaluation, et surtout en assortissant ses conseils de réserves.

La Cour de Cassation dans un Arrêt du 23 Juin 1987 (471) rappelle que satisfait à son devoir de conseil, la banque qui prodigue à son client qui reconnaît les avoir reçues, de larges informations sur la technicité de l'opération et le caractère dangereux de celle-ci.

Pour engager la responsabilité du banquier, le client devra prouver la faute du banquier, c'est-à-dire ici, l'absence de conseil ou le manque de pertinence du conseil ou le conseil erroné.

Dans une espèce, une personne avait acquis sur les conseils de son conseil en investissement, des parts dans plusieurs sociétés de construction. Ces dernières ayant eu besoin de liquidités pour achever les programmes immobiliers qu'elles avaient entrepris, décidèrent, conformément à la loi, de solliciter de leurs associés des appels de fonds supplémentaires.

S'estimant mal conseillé, le client refuse de répondre à ces appels de fonds et assigne son conseiller financier. Ce dernier est condamné par la première Chambre Civile de la Cour de Cassation le 13 Mars 1990, à se substituer à son client dans l'ensemble de ses droits et obligations d'associé.

Ce qui est reproché au conseiller financier ici, c'est d'avoir mal conseillé son client. En effet, le conseiller financier devait en même temps conseiller cet investissement à son client, l'informer des devoirs et des droits qui découlent de sa nouvelle qualité d'associé, notamment de l'obligation pour lui de répondre aux appels de fonds supplémentaires.

Les conseils dispensés par le banquier doivent être adaptés au profil de chaque client.

En l'espèce, le débiteur de l'obligation (le conseil en investissement) a trompé son client sur l'étendue de ses obligations, car ce dernier était sûrement ignorant du droit des sociétés.

Mais il ne suffira pas de prouver le préjudice. Il appartient au client aussi de prouver le lien de causalité entre la faute du banquier et le préjudice qu'il a subi. Toute la difficulté sera de déterminer l'influence du conseil mal donné (ou absent) sur la décision prise par le client. Dans certains cas, cette influence sera déduite de l'ignorance du client. En effet, il faut qu'il en mesure d'apprécier exactement ce que lui propose le banquier. S'il s'agit par exemple de ces opérations de marché, qui ont pour finalité la gestion de la trésorerie de l'entreprise et qui portent sur ces produits si sophistiqués qu'il faut être expert pour en mesurer les risques, ou simplement comprendre de quoi il s'agit, le client s'en remet totalement à son banquier.

Quand le banquier, en liaison avec les conseils donnés et les montages proposés, se fait rédacteur d'actes et donne à son client des conseils juridiques et fiscaux, il encourt en pareille circonstance, les responsabilités qu'encourt un conseiller juridique et fiscal. Il s'agit ici, en principe et en règle générale, d'obligation de moyens. La responsabilité du banquier dépendra du rôle juridique qu'il aura effectivement joué (472).

Les conseils que le banquier donne, doivent être objectifs, raisonnables et correspondre aux besoins de son client, sous peine d'engager sa responsabilité.

Il importe dès lors que la banque connaisse tout de son client. Si la banque n'a pas à s'immiscer dans les affaires de son client, elle doit certainement s'informer de celles-ci, en fonction de la mission qui lui est confiée, donc procéder le cas échéant à des études préalables, afin de donner le conseil adéquat.

C'est ainsi que la banque qui conseillerait à une personne âgée d'investir sa fortune dans des opérations spéculatives, engagerait sa responsabilité pour manquement à son devoir de conseil, car si la perte en capital peut naître d'une faute de la banque, on peut également admettre qu'un manque à gagner puisse naître si le client a agi sur les conseils objectivement mauvais de sa banque. Ainsi, la responsabilité contractuelle d'une banque a été retenue pour avoir fait souscrire pour une somme importante à son client, les titres d'une société en redressement, alors qu'elle devait, face à un client néophyte n'ayant nullement le goût du risque et l'ayant fait savoir, lui déconseiller l'investissement dans une entreprise soumise à des fluctuations spéculatives importantes incompatibles avec le souci de sécurité exprimé par le client expressément ou implicitement en raison de sa situation personnelle qui ne pouvait échapper à la banque (473).

(472) – Vasseur, Ingénierie financière, Banque 1990.118.

(473) – Poitiers, 23 Novembre 1932, 8, 1933.1.150.

La responsabilité de la banque ne sera pas seulement recherchée pour avoir activement conseillé son client, mais aussi pour ne l'avoir pas déconseillé dans certains cas. En effet, une obligation de dissuasion s'imposerait à la banque au titre de devoir de conseil lui incombant spontanément dans certaines circonstances (complexité de l'opération, client profane...).

Sans pour autant s'immiscer dans les affaires de son client, il est en effet des cas où la banque en tant que professionnel ne peut pas ne pas le mettre en garde contre le risque de certaines opérations dont manifestement il ne serait pas conscient (474).

La responsabilité du banquier est souvent invoquée dans la conclusion des opérations à terme.

En effet, le client de la banque peut se trouver entraîné dans des spéculations qui ont pour résultat de lui faire perdre des sommes importantes, dont il ne peut assurer à l'échéance le règlement. Pour prévenir les risques ainsi encourus, le banquier doit exiger de son client une couverture destinée à le protéger contre les défaillances éventuelles de ce dernier.

Selon la Cour d'Appel de Paris dans des Arrêts des 12 Mars, 27 Mai, 24 Juin et 24 Septembre 1991 (475) : « la couverture a pour fonction de protéger l'intermédiaire contre la défaillance de son client, mais sert également à protéger celui auquel la remise d'une couverture est demandée en attirant son attention sur les risques que comportent les opérations à terme de caractère spéculatif et qu'elle participe de l'obligation d'information et de conseil de la société de bourse envers son client à l'égard duquel, elle doit s'assurer avant d'exécuter les ordres donnés ».

Pendant longtemps les juges posaient le principe que les prescriptions en matière de couverture ont été formulées dans l'intérêt des intermédiaires financiers, et non pas dans celui de leurs clients, et refusaient à ces derniers le droit de se prévaloir du défaut d'exigence de la couverture (476).

Mais l'évolution jurisprudentielle moderne reflète une volonté de plus en plus affirmée des tribunaux de protéger les donneurs d'ordre, en retenant la responsabilité du banquier pour manquement à son devoir de conseil et en accueillant les demandes de dommages et intérêts des clients.

Pour engager la responsabilité du banquier, le client doit en outre prouver que le conseil était dû et n'a pas été donné. En effet, dans certaines circonstances, le banquier peut

(474) – F. J. Crédot et P. Bouteiller, *opcit.*

(475) – Banque et Droit, Mars-Avril 1992.62

(476) – Paris 6/05/1975, J.c.p., 1975, Ed. G. II. 18128, note Boitard ; Cass. Civ. 28/03/1977 J.c.p. 1978 Ed. G. II. 18795, note Boitard ; Cass. Civ. 22/05/1985, Bull. Civ. I. n° 165.

être exonéré de cette responsabilité.

B

Les nécessaires atténuations à la responsabilité du banquier.

S'inscrivant dans le vaste mouvement consumériste de ces dernières années, la tendance actuelle de la jurisprudence est de mettre à la charge du banquier un devoir de conseil vis-à-vis de sa clientèle. Il n'en demeure pas moins vrai que dans certains cas certes limités, la responsabilité du banquier sera écartée.

Il existe des atténuations à la responsabilité du banquier en fonction des circonstances et de la qualité de profane ou non du cocontractant du banquier.

Il est fréquent de voir un client ayant bénéficié des conseils du banquier et ayant connu par la suite des déboires, invoquer la faute de la banque qui l'aurait mal conseillé.

Si le banquier est redevable de conseil à l'égard de sa clientèle, c'est bien en fonction de ses connaissances et de l'ignorance du client.

Devant la technicité des produits offerts sur le marché, le banquier dispose d'un savoir-faire qui lui donne un avantage sur son client.

Mais cet avantage n'existe, n'est réel que devant un client profane. Si celui-ci peut prétendre que le préjudice subi est directement issu des mauvais conseils qui lui ont été donnés, ce ne sera pas le cas du client rompu aux opérations financières et disposant d'une connaissance des activités de marché.

L'étendue du devoir de conseil de la banque sera appréciée en fonction de la qualité du client : opérateur expérimenté ou non. De nombreuses décisions de justice ont écarté la responsabilité de la banque lorsqu'elles considéraient que le client était un opérateur averti, donc quasiment un professionnel.

Dans une décision du 18 Octobre 1989 (477), le Tribunal de Grande Instance de Paris précise que le manquement à l'obligation de conseil du banquier doit s'apprécier au regard de la qualité du client.

En l'occurrence, le client ne pouvait se prétendre aussi ignorant et aussi inexpérimenté qu'il le soutenait, dès lors qu'il effectuait des opérations à terme depuis deux ans et demi.

Le Tribunal de Grande Instance de Lille dans un Arrêt du 6 Décembre 1990 (478) a souligné que l'étendue du devoir de renseignement et de conseil est fonction de la personnalité et des compétences du donneur d'ordre, et en tout état de cause limitée à la fourniture des informations nécessaires à la compréhension des mécanismes du marché et à

(477) – Cité Revue Droit Bancaire et de la Bourse, Mars-Avril 1990, p. 76.

(478) – T.G.I, Lille 8/12/1990, banque et Droit 1991. 244.

la surveillance des événements pouvant affecter le titre objet de l'opération. Il a estimé que cette obligation ne saurait permettre à des clients même profanes, de reprocher à l'intermédiaire de ne pas les avoir mis en garde contre leurs excès spéculatifs, lorsqu'ils se traduisent par des opérations malheureuses.

Le Tribunal a écarté la responsabilité de la banque au titre du manquement à l'obligation de conseil en considérant que le client était un "amateur éclairé" et qu'il ne pouvait reprocher à la banque de ne l'avoir pas mis en garde contre lui-même.

Si la quasi unanimité de la jurisprudence et de la doctrine admet que la position sociale du donneur d'ordre est un élément déterminant dans l'appréciation de la responsabilité du banquier, il faut toutefois relativiser cette tendance. En effet, la qualité de profane du client n'est pas une prime à l'inconscience.

Nul doute que l'épargnant, même non familiarisé avec la technique boursière, ne pourrait soulever la responsabilité du banquier lui ayant conseillé l'achat d'actions ou d'obligations, en invoquant le fait qu'il ignorait que les cours des titres étaient susceptibles de fluctuations entraînant ainsi une perte en capital, dès lors qu'il est de notoriété publique que les placements boursiers ont une part de risque aussi infime soit-elle dans certaines circonstances.

Il ne faut admettre l'ignorance ou la naïveté du client que si celle-ci est légitime (479). De plus, la banque ne peut garantir la sécurité du placement auquel elle incite éventuellement son client, ni la certitude de plus-value des titres souscrits (480).

Quant à la pertinence du conseil donné, elle doit s'apprécier au moment où il est donné et non a posteriori, même si les conseils ont été exploités par le client à une date ultérieure, où ils ne correspondent plus aux réalités économiques et financières du moment. En effet, les soubresauts du marché peuvent déjouer les prévisions.

La conjoncture et l'avenir prévisible ne doivent pas être perdus de vue dans l'appréciation de la valeur des conseils donnés. Ainsi, il serait difficile de retenir la responsabilité d'une banque qui aurait expressément conseillé à son client soucieux de préserver à long terme la valeur de ses titres et la qualité de ses revenus par rapport l'évolution du taux de l'inflation, de souscrire des obligations à taux variables, même si peu de temps après, la tendance à la baisse des taux se confirme sans que l'on puisse juger à l'évidence qu'elle se poursuivra (481).

(479) – Crédot et Bouteiller, *opcit*, p. 624.

(480) – Paris 6 Mai 1975, *J.c.p.* 1976 Ed. G. II. 16128, note Boitard.

(481) - Crédot et Bouteiller, *opcit*, p. 624.

La responsabilité du banquier est écartée lorsque les conseils fournis sont ensuite démentis par les événements, dès lors qu'ils s'appuyaient sur un raisonnement logique (482) et qu'il n'est pas établi qu'ils étaient objectivement mauvais au moment où ils ont été donnés (483).

On ne peut pas saluer cette position réaliste de la jurisprudence, car le banquier n'a pas un don divinatoire. Une autre raison souvent invoquée par les banquiers pour se dégager de toute responsabilité, est la liberté de choix du client.

Certains banquiers ont fait valoir que les conseils qu'ils prodiguent sont purement indicatifs, et que le client se décide en toute liberté. Certaines décisions de justice sont allés dans ce sens. La Cour d'Appel de Nîmes dans un Arrêt du 13 Novembre 1963 (484) avait estimé que « le simple conseil n'engage pas la responsabilité de celui qui le donne, celui qui le reçoit, restant libre de ne pas le suivre ». Un tel arrêt nous paraît critiquable.

Nous n'adhérons pas à ce point de vue. Soutenir une telle position, c'est faire fi du degré de persuasion attaché au conseil prodigué par le banquier. Ce dernier est un professionnel, le client est amené à lui faire confiance et à suivre aveuglement ses conseils. Cet argument souvent avancé par les banquiers pour se libérer de leur responsabilité, ne nous paraît pas justifié.

A notre avis, un tel argument ne serait être valable que dans le cas où le banquier, après avoir fourni les conseils à son client, l'aurait mis en garde, en l'informant des probabilités de réussite de l'opération et des conséquences éventuelles au cas où ses espoirs de gain seraient déçus.

Finalement, il n'apparaît pas que l'exercice par les banques de l'activité d'information et de conseil des entreprises et des particuliers soit pour elles à l'origine de responsabilités dissuasives.

L'application des principes juridiques d'une part, la jurisprudence existante d'autre part, témoignent que, du point de vue de l'appréciation de leur responsabilité, les banques sont placées dans une situation qui leur ménage une indéniable liberté d'initiative, sans qu'elles aient à craindre des retombées catastrophiques (485).

(482) – Cass. Com. 12/07/1971, D. 1972, n° 163, note Gavalda.

(483) – Colmar, 30/06/1962, Banque 1962. 1262, L. Martin.

(484) – Nîmes, 13/11/1963, J.c.p. 1965. I. 1862, n° 26.

(485) – M. Vasseur, « Des responsabilités encourus par le banquier à raison des informations, avis et conseils dispensés à ses clients », Banque, 1983.943 et s.

Paragraphe II

La mise en œuvre de la responsabilité.

Qu'elle soit de nature délictuelle ou contractuelle, la responsabilité exige que soient respectées ses conditions de mise en œuvre. Le succès de l'action suppose que soient justifiés un dommage, un fait générateur de responsabilité, autrement dit une faute, et enfin un lien de causalité entre ce dommage et cette faute. Néanmoins, la responsabilité du débiteur de l'obligation de conseil pourra ne pas être retenue s'il peut se prévaloir d'une clause libératoire.

A

La faute du banquier

La faute contractuelle du banquier, se définira comme une inexécution ou une mauvaise exécution de l'obligation de conseil. En quoi consiste cette inexécution ou cette mauvaise exécution ?

Notons tout de suite que l'inexécution de l'obligation de conseil ne sera pas fautive en cas de force majeure. La force majeure, dans ce cas, est soumise au droit commun des obligations. Elle doit être irrésistible, extérieure et imprévisible. Il semble que la Cour de Cassation l'ait admise une fois s'agissant de l'obligation de conseil du banquier en matière d'opérations boursières. Ainsi, dans un Arrêt en date du 19 Mars 1996 la haute juridiction a admis qu'un intermédiaire qui avait reçu un ordre de vente de l'ensemble des titres d'un portefeuille lors du déclenchement de la guerre du Golfe n'engage pas sa responsabilité pour avoir exécuté immédiatement cet ordre sans mettre en garde le client.

En dehors de cette hypothèse, subsiste la question suivante : quelle est la faute du banquier ? C'est la question que nous nous poserons ici. (A) Mais lorsqu'on étudie la faute du banquier, se pose aussi la question de la preuve de cette faute qui recouvre un incontestable intérêt pratique (B).

B

La définition de la faute du banquier.

On peut apporter plusieurs réponses au regard de la jurisprudence (486) en la matière. D'abord, il y a faute du banquier lorsque celui-ci ne donne aucun conseil et garde le silence.

(486) – Cass. Civ. 19 Mars 1996, Banque 1996, p. 92, note Guillot (J.L.) ; D.A. 1996, p. 576, in. De Vauplane (H.) et Bornet (J.-P.), Droit des marchés financiers. N° 994.

C'est l'hypothèse la plus courante. On peut citer le fameux exemple de l'arrêt du 27 juin 1995 (487). Dans cette affaire, la première Chambre Civile souligne la faute de la banque pour n'avoir pas mis en garde l'emprunteur sur les risques de l'emprunt et finalement pour avoir gardé le silence. D'autre part, la faute du banquier peut également être caractérisée lorsque le banquier a donné un conseil. En effet, la responsabilité du banquier sera admise en premier lieu lorsque le conseil est incomplet. Ainsi, dans un arrêt en date du 23 février 1993 (488) le banquier est condamné pour ne pas avoir averti son client des risques inhérents aux opérations de stelling et non pas seulement aux opérations sur le marché à terme. Le conseil avait un objet très précis, Le conseil lorsqu'il est incomplet, permet donc de caractériser une faute du banquier. En second lieu, le banquier sera aussi fautif lorsque le conseil qu'il donne est inexact, que la solution proposée par le banquier fait courir trop de risques, en tout cas plus qu'une autre. Ainsi, l'exemple de l'arrêt de la cour d'appel de Montpellier (489) est à cet égard significatif. Dans cette affaire, la Cour d'appel condamne la banque qui avait mal conseillé son client. Elle lui avait Indiqué de conclure des contrats de change à terme. Mais cette solution était trop risquée et il existait d'autres solutions moins risquées. Le conseil inexact est donc une faute de la banque.

L'absence de conseil, le conseil incomplet ou inexact entraîne la mise en jeu de la responsabilité de la banque. On peut résumer en disant que le banquier commet une faute chaque fois que son comportement n'a pas donné au client l'opportunité d'éviter les risques liés à l'opération envisagée. Cette définition a le mérite de se calquer sur le devoir du conseil du banquier tel que nous l'avons décrit plus haut. Cependant, il subsiste une interrogation. Le banquier est-il tenu de mettre en œuvre tous les moyens possibles pour éviter les risques à son client ou doit-il éviter les risques à son client ? En d'autres termes, l'obligation de conseil du banquier est-elle une obligation de moyens ou de résultat ? Certains arguments militent en faveur d'une obligation de résultat. D'ailleurs, beaucoup d'auteurs (490) considèrent que l'obligation de conseil du banquier est une obligation de moyens. En effet, le conseil implique un choix de la part du client, choix assumé par le seul créancier. Des lors, Il ne s'agit pas d'une obligation de résultat mais de moyens. Le banquier doit dissuader, inciter

(487) – Cass. Civ. 1^{ère}, 27 Juin 1995, Bull. Civ., I, n° 287 ; J.c.p. Ed. E. II. 652, note Legeais (D.) ; R.T.D.Civ., 1996, p. 385, obs. Mestre (J.) ; Rép. Defrénois, 1995, Art. 36210, note Mazeaud (D.) et 1996 Art. 36352, note Scholastique (E.) ; D. 1995.621, note Piedelièvre (S.).

(488) - Cass. Com. 23 Février 1993, Bull. Civ., IV, n°68 ; D. 1993, jur. p. 424, note Najjar (I.) ; R.J.D.A. 8-9/93. n° '708 R.T.D.Com. 1993, p. 557.

(489) – Montpellier, 12 Novembre 1998. J.c.p. Ed. E, 2000, Panorama rapide. p. 391 ; Banque et droit 1999, p. 28, note De Vauplane (Hubert).

(490) – Voir, par exemple, Groutel (H.), Le devoir de conseil, R.D. bancaire et bourse, Janvier/Février 1999, n° Spécial, p. 4 et Perron (X.), L'obligation de conseil, Thèse Rennes, 1992, n° 611.

mais ne peut pas être certain d'éviter tout risque au client puisque c'est finalement lui qui prendra la décision. D'autre part, le conseil du banquier, aussi judicieux et raisonnable soit-il ne peut pas écarter à lui seul tous les risques inhérents à une opération bancaire. Ainsi, par exemple, en matière d'opération de bourse, les conseils du banquier, aussi nombreux et justes soient-ils ne peuvent empêcher, par exemple, que le marché se retourne et subisse une baisse importante. De ce point de vue, le banquier n'est donc tenu que d'une obligation de moyens. Cependant, il nous semble qu'il s'agit là tout de même d'une conclusion trop hâtive. En effet, le banquier est tenu, en exécution de son obligation de conseil, de fournir un conseil. De plus, ce conseil doit être suffisant et exact, compte tenu des circonstances de l'espèce. Le banquier doit en définitive donner à Coup sûr au client la possibilité d'éviter les risques inhérents à une opération. N'y a-t-il pas là, incontestablement, un résultat à atteindre. faute de quoi la responsabilité de l'établissement de crédit sera engagée ? Il faut donc selon nous dépasser la casuistique obligation de moyens/obligation de résultat et convenir que le banquier est tenu « d'une obligation de résultat atténuée ». Dans ce cas, le banquier doit atteindre un résultat (donner un conseil complet et exact) mais n'engagera pas sa responsabilité s'il n'a pas commis de faute. Cette approche est corroborée par la Cour de cassation qui fait supporter au banquier la charge de la preuve de son absence de faute.

C

La preuve de la faute du banquier.

Depuis quelques années, la Cour de cassation a resserré l'étau autour des débiteurs d'une obligation d'information et de conseil. La profession médicale a d'abord été touchée. Dans un arrêt en date du 25 Février 1997 (491), la Cour de cassation a décidé que « celui qui est légalement ou contractuellement tenu d'une obligation d'information doit rapporter la preuve de l'exécution de cette obligation ». D'autre part, elle a appliqué ce principe à un avocat dans un Arrêt rendu le 29 Avril 1997 (492) précisant à cette occasion que c'est le débiteur d'une obligation d'information ou de conseil qui supporte la charge de la preuve. Cette jurisprudence opère donc un renversement de la charge de la preuve alors que c'est au demandeur de prouver que les conditions de la responsabilité contractuelle sont réunies. Ces décisions s'expliquent par le fait que le demandeur devrait alors prouver un fait négatif, ce qui est très délicat. D'autre part, le créancier, spécialement quand il est professionnel, est plus à même de prouver qu'il a correctement exécuté son obligation. Cette jurisprudence

(491) – Cass. Civ. 1^{ère}, 25 Février 1997, J.c.p. Ed. G. 1997, I. n° 4025, n° 7, obs. Viney (G.) ; Petites Affiches, 16 Juillet 1997, p. 17.

(492) – Cass. Civ., 1^{ère}, 29 Avril 1997, Bull. Civ. I, n° 132.

semble applicable, étant donné la généralité des termes employés, à tous les créanciers d'une obligation de conseil et donc au banquier. Ainsi, un Arrêt en date du 9 Décembre 1997 (493) est venu reconnaître que le banquier devait prouver l'exécution de son obligation de conseil en matière de souscription d'un contrat d'assurance de groupe. De même, un Arrêt du 19 Décembre 2000 (494) a procédé au même raisonnement en matière d'opérations boursières. Il ne semble donc pas faire de doute que le banquier supporte en la matière la charge de la preuve. Il faut maintenant s'interroger sur le mode de preuve. Puisqu'il s'agit de prouver un fait, la preuve peut-être rapportée par tous moyens. Cependant, la prudence imposera naturellement au banquier de se préconstituer une preuve et donc de choisir l'écrit.

A la lumière de ces conclusions, on peut dire que la faute du banquier sera caractérisée chaque fois que le banquier n'a pas adopté une attitude à même de faire éviter au client les risques d'une opération. Il revient au banquier d'apporter la preuve de l'exécution de son obligation et donc de son absence de faute. Cependant, une fois que la faute du banquier est caractérisée, il reste au demandeur, pour voir la responsabilité de l'établissement de crédit engagée, à prouver l'existence d'un préjudice et d'un lien de causalité entre la faute et le préjudice.

Paragraphe III

Le préjudice et le lien de causalité.

Ce sont les deux autres conditions classiques de la responsabilité contractuelle ; nous étudierons d'abord le préjudice (A) puis le lien de causalité (B).

A

Le préjudice.

En droit commun de la responsabilité contractuelle, le dommage peut-être corporel, matériel ou moral. Il n'y a pas en la matière de dommage corporel. Par contre, la victime peut demander réparation d'un dommage matériel ou moral. Ainsi, on a vu la Cour d'appel de Paris (495) condamner le banquier dispensateur de conseil à réparer le dommage moral résultant « des troubles » et tracasseries subies notamment par l'inscription au fichier national des incidents de paiement des crédits consentis aux particuliers». Le dommage est également matériel. C'est d'ailleurs celui-ci dont la réparation est le plus souvent demandée. Le

(493) – Cass. Civ., 1^{ère}, 9 Décembre 1997, Bull. Civ. I, n° 356.

(494) – Cass. Com., 19 Décembre 2000, pourvoi n° 97-18464.

(495) – Paris, 23 Septembre 1994, Juris-data n° 024402.

préjudice matériel existe quand la victime éprouve une véritable perte ou un manque à gagner. Pour être réparé, le préjudice doit présenter plusieurs caractères : il doit être certain et prévisible. Le caractère prévisible du dommage ne pose pas en la matière beaucoup de difficultés. Il suffit que le banquier ait eut conscience, lors de la conclusion du contrat, des conséquences de sa défaillance. En revanche, le caractère certain du dommage pose en la matière plus de problèmes. En effet, pour être réparable, un dommage doit être actuel et certain. Seul le préjudice réel peut donner lieu à réparation, qu'il soit présent ou futur. Si le dommage moral, résultant du défaut de conseil présente à l'évidence ce caractère certain, il en va différemment pour le préjudice matériel. En effet, lorsque le banquier n'a pas ou a mal conseillé son client, le dommage peut-il vraiment être mesuré à l'aune des pertes subies par celui-ci ? Lorsque l'établissement de crédit conseille le client, Il ne fait que l'inciter. Il n'est pas dit que le client aurait suivi le conseil, ni même qu'aucun aléa ne serait venu compromettre le succès de l'opération. En effet, le client destinataire de conseils qui est maître de ses affaires, demeure libre en principe de ne pas les suivre (496). Dès lors, s'ils sont mauvais, c'est à lui-même qu'il doit s'en prendre de les avoir suivis (497). Cependant, il reste une part de responsabilité bancaire lorsque le conseil s'accompagne d'injonctions ou de menaces ou lorsqu'il est de nature à fausser le jugement du destinataire (498). Dès lors le préjudice subi par le client n'est pas certainement étendu à toutes les pertes ou manques à gagner subis par le client. En ne recevant pas le conseil auquel il avait droit, le cocontractant a seulement perdu l'opportunité d'éviter les pertes et de ne pas voir le risque se réaliser. Cependant, le risque aurait très bien pu se produire malgré tout. Dès lors, le préjudice du client ne peut se mesurer qu'à la perte de chance éprouvée. C'est ce que décide majoritairement la jurisprudence. On peut citer à cet égard un Arrêt significatif rendu par la Chambre Commerciale de la Cour de Cassation le 10 Décembre 1996 (499). Dans cette affaire, les faits sont classiques. Une cliente spéculait sur le marché à terme. La banque ne l'a pas mise en garde contre les risques qui résultaient de telles opérations. La Cour d'appel retient la responsabilité de la banque et condamne celle-ci à payer, au titre de dommages-intérêts une somme égale aux pertes subies par la cliente. Sur pourvoi de la banque, la Cour de cassation casse l'arrêt de la Cour d'appel et décide qu' « en manquant à son obligation d'éclairer Melle Chevalier des conséquences éventuelles de son choix, le société de bourse a seulement privé sa cliente d'une chance d'échapper, par une décision

(496) – Jurisclasseur, Banque Crédit Bourse, 1998, Fascicule 153, p. 2.

(497) – Ainsi, C.A. Nîmes, 13 Novembre 1963 ; R.T.D.Com. 1964, p. 163, obs. Becque et Cabrillac.

(498) – Ainsi, C.A. Nîmes, 5 Décembre 1977 : Gaz. Pal. 1978, I, p. 253.

(499) – Cass. Com. 10 Décembre 1996, Quot. Jur. N° 15 du 20 Février 1997, p. 3, note J.p.d. ; D.A. 1997, p. 108 ; Bull. Joly Bourse 1997, p. 205, note De Vauplane (H.) ; Cahiers de Gestion du patrimoine Septembre/Décembre 1997, p. 20, note Lucas (F.X.).

peut-être plus judicieuse, au risque qui s'est finalement réalisé ». Le préjudice réparable se résume donc à la perte de chance subie par le client du fait de la défaillance de la banque. La Cour le précise d'ailleurs dans ce même Arrêt : « [cette] perte constitue un préjudice distinct de celui qui résulte des opérations qu'elle a effectivement réalisées [...] ». On retrouve la même solution en matière d'assurances groupes, par exemple, ou de crédit. Cependant, on trouve plusieurs décisions de différentes Cours d'Appel qui considèrent que le préjudice subi par le client est égal aux pertes qu'il a éprouvées (500). Elles décident que le client, s'il avait reçu le conseil n'aurait pas subi ces pertes. Il nous semble là que ce raisonnement est faux. En effet, nul ne saurait prédire ce qui serait arrivé s'il avait été conseillé. Ces décisions ne devraient donc pas faire jurisprudence et c'est ce qu'a rappelé avec forte conviction la Cour de Cassation dans l'Arrêt du 10 décembre 1996. Le manque de conseil ne peut causer qu'une perte de chance. Encore faut-il que cette perte de chance soit effectivement due à la défaillance du banquier pour que le cocontractant obtienne réparation. C'est la question du lien de causalité.

B

Le lien de causalité.

Les dommages et intérêts ne doivent comprendre à l'égard de la perte éprouvée par le créancier et du gain dont il a été privé que ce qui est une suite immédiate et directe de l'inexécution de la convention, dans le cas où l'inexécution de la convention résulte du dol du débiteur.

C'est ici l'exigence d'un lien de causalité entre la faute et le préjudice (501) qui est visée. Le dommage doit être causé, il doit résulter de la faute du banquier. La faute du banquier doit présenter un lien nécessaire avec le dommage (a) mais non exclusif (b.)

a

La faute du banquier : Cause nécessaire du dommage.

Comme le fait justement remarquer un auteur (502), le problème de la causalité est une « énigme du droit ». Les difficultés relatives au lien de causalité amènent le juge à se contenter d'une probabilité, faute de preuve absolue. Il en est de même en matière bancaire. On peut citer, à ce titre un arrêt en date du 29 Avril 1999 (503) de la Cour d'Appel de Dijon.

(500) – Voir par exemple : Versailles, 17 Septembre 1998, Juris-data n° 049717 ; Amiens, 21 Mai 1996, Juris-data n° 049433 ; Orléans, 25 Juin 1998 Juri-data n° 043485.

(501) – Cass. Com. 10 Décembre 1996, opcit.

(502) – Bénabent (A.), Droit Civil : les obligations. 6^{ème} Ed. n° 556.

(503) – Dijon, 29 Avril 1999, in Martin (D.-R-), De la causalité dans la responsabilité civile du prêteur., Banque et droit 1999, n° 68, p. 3.

Dans cette affaire, deux prêts avaient été consentis à une société. La société ne peut les rembourser et invoque le manquement de la banque à son obligation de conseil dans l'octroi de crédit. La Cour constate la faute de la banque et décide : « que [la banque] a donc fait preuve de légèreté dans l'octroi de crédit, ce qui doit entraîner sa condamnation au paiement de dommages-intérêts. ». Avec M. Martin (504), il ne nous reste plus qu'à convenir que l'examen du lien de causalité est ici artificiel. La Cour constate seulement la faute de la banque et en déduit, sans autre recherche la condamnation de la banque. Cet arrêt est symptomatique. On peut par exemple citer un autre arrêt de la cour d'appel de Dijon en date du 18 Septembre 1997 (505). Ayant constaté la faute du crédit-bailleur la Cour décide que le comportement du banquier est « pour une part à l'origine du préjudice. ».

Le lien de causalité, quand il est prouvé par le demandeur, permet également de déterminer quel sera le préjudice réparable ; En effet, seul le préjudice direct pourra être réparé. Cela signifie que le préjudice par ricochet peut certes être réparé mais qu'il doit toujours présenter un lien nécessaire avec la faute commise. On peut citer à cet égard deux arrêts de la Cour de cassation ; Dans un arrêt en date du 2 Juillet 1997 (506), la Cour de cassation décide que la faute de la banque dans l'octroi de crédit a causé le défaut de paiement par l'emprunteur des charges afférentes au bien immobilier acquis grâce à l'emprunt. La solution paraît pour le moins curieuse.

D'autre part, on peut reprendre l'arrêt, de la cour d'Appel de Dijon en date du 29 Avril 1999 (507). Une caution se plaignait du préjudice subi par ricochet du fait de la faute de la banque dans l'octroi de crédit, La Cour constate la faute de la banque. Puisque les cautions étaient Informées, elle décide que le préjudice causé était égal à la moitié du prêt et condamne, la banque à payer des dommages-intérêts égaux à cette part. Implicitement, le préjudice causé par la banque était donc égal au montant du prêt. Mais c'est ici, faire, encore une fois, une appréciation trop hâtive. La faute de la banque n'a causé de préjudice qu'en ce que le prêt était excessif. Si le préjudice existe, il doit donc être égal à la partie du prêt disproportionnée et non au prêt dans sa globalité.

(504) – Martin (D.-R.), De la causalité dans la responsabilité civile du prêteur, Banque et droit 1999, n°68, p. 3.

(505) – Dijon, 18 Septembre 1997, Petites affiches, 21 Janvier 1998, p. 29.

(506) – Cass. Civ., 2^{ème}, 2 Juillet 1997, Bull. Civ. II, n° 212 ; Petites affiches 1997, n° 120, p. 9, note Martin (D-R.).

(507) – Dijon, 2 Avril 1999, in Martin (D.-R.), De la causalité dans la responsabilité civile du prêteur, Banque et Droit, 1999, n° 68, p. 3.

On le voit l'appréciation par la jurisprudence du lien de causalité est donc très souple. Elle est d'autant plus souple que les tribunaux acceptent facilement de reconnaître que la victime a concouru au dommage. En effet, si la faute du banquier doit être le fait générateur du dommage, Il est également possible qu'il y ait une pluralité de fautes à l'origine du dommage. Si la faute du banquier doit nécessairement causer le dommage, il n'est pas utile qu'elle soit la cause exclusive de ce dommage.

b

La faute du banquier : Cause non exclusive du dommage.

La faute d'un tiers, par exemple, exonérera le banquier d'une part de sa responsabilité. On peut, par exemple, imaginer un Partage de responsabilité entre le banquier et un notaire lorsque le prêt immobilier n'est pas garanti par une assurance de groupe.

Il en va de même de la faute de la victime. Lorsque la victime a commis une faute qui a concouru à la réalisation du dommage, le banquier peut s'exonérer dans une certaine part de sa responsabilité. Cette règle est applicable en la matière. Cependant, c'est en matière d'octroi de crédit que la question se pose avec le plus d'acuité. En effet, comment concevoir que l'emprunteur, qui a sollicité le crédit ait commis également une faute, ne serait-ce que dans l'appréciation de ses possibilités financières. Ainsi en est-il dans l'Arrêt rendu le 8 Juin 1994 (508) par la première Chambre Civile. La Cour de Cassation n'octroie pas de dommages-intérêts à hauteur de l'emprunt car la victime est responsable dans une certaine proportion, du préjudice résultant de l'emprunt. Cette solution a trouvé un écho chez les juridictions du fond. On peut par exemple citer en ce sens un arrêt de la Cour d'appel de Versailles du 17 Septembre 1998 (509) ou un arrêt de la cour d'Appel de Montpellier du 9 Septembre 1998 (510). Cette solution, qui consiste à reconnaître une faute de la victime, permet d'éviter les critiques que rencontre le devoir de conseil en matière d'octroi de crédit. En effet, l'emprunteur, même profane, se doit quand même de prendre ses propres affaires en main et ne peut se décharger complètement sur le professionnel, à peine de devenir un véritable assisté. Il ne peut paraître qu'évident en effet, que le client, même profane, se doute des risques qu'il encourt. Admettre un partage de responsabilité, c'est alors aboutir à une solution véritablement équitable, comme le requiert la source même de l'obligation de conseil.

(508) – Cass. Civ. 1^{ère}, 8 Juin 1994, opcit.

(509) – Versailles, 17 Septembre 1998, Juris-data n° 049717.

(510) – Montpellier, 9 Septembre 1998, Juris-data n° 112658.

Lorsque les conditions de la responsabilité contractuelle sont réunies, elle sera alors mise en oeuvre. L'article 180 du Code Civil prévoit un préalable : la mise en demeure du débiteur défaillant. Cette mise en demeure est cependant inutile lorsque le manquement contractuel est d'ores et déjà sûr et définitif par exemple lorsque l'exécution est impossible (Alinéa 2 de l'Article 181 du Code Civil). Elle sera donc inutile en l'espèce. Si les conditions de la responsabilité contractuelle sont réunies, il n'est cependant pas encore certain que le demandeur obtiendra réparation de tout son préjudice. Les parties peuvent avoir en effet prévu des aménagements conventionnels à la mise en jeu de la responsabilité contractuelle.

De nombreuses clauses viennent limiter les obligations du débiteur. On pourrait donc facilement concevoir que le banquier et son cocontractant aient conventionnellement prévu que la banque ne serait pas tenue de conseiller le client. Cependant, il nous semble que s'agissant du devoir de conseil, cette hypothèse soit difficile à admettre. En effet, l'obligation de conseil trouve sa source, comme nous l'avons déjà vu, dans l'Article 107 du Code Civil Algérien précité. Or cette règle est d'ordre public. Il nous semble donc qu'il n'est pas possible d'y déroger par voie conventionnelle.

En revanche, il paraît tout à fait possible pour les parties de prévoir une clause limitative de responsabilité relative au montant de la réparation. Ainsi en va-t-il par exemple d'une clause pénale. En application du principe de la responsabilité contractuelle, ces clauses seront admises. Elles seront alors soumises au droit commun des obligations. On a pu voir le cas dans l'affaire rendue par la Cour d'Appel d'Amiens en date du 21 Mai 1996. la Cour d'Appel a admis la clause pénale, mais l'a réduite du fait de la disproportion entre le préjudice subi et le montant de la clause.

Deuxième Partie.
Fidélisation de son client.

Chapitre III – Elaborer une stratégie.

Chapitre IV – Mettre en œuvre une stratégie.

La première partie de ce mémoire a traité du domaine du devoir de conseil du banquier et de la détermination de ce domaine ainsi que du contenu et de la sanction du devoir de conseil du banquier.

Cette deuxième partie traite du devoir de fidélité du client bancaire, notamment de l'élaboration d'une stratégie, du contexte concurrentiel, de la politique commerciale et de la mise en œuvre d'une stratégie par les banques en vue de capter et de fidéliser la clientèle.

Chapitre III
Elaborer une stratégie .

Introduction.

Section I – Faire un constat du marché.

Section II – Définir la politique commerciale.

Introduction.

Une composante fondamentale du marketing management consiste à élaborer des stratégies et des plans marketing créatifs qui guideront l'ensemble des activités Marketing. Cette tâche exige de la discipline et de la souplesse (511). Les entreprises ont en effet emprunté au domaine militaire le terme de stratégie pour désigner des démarches qui traitent du potentiel d'une firme, c'est-à-dire son aptitude à se concevoir une politique de développement à moyen et long terme (512). Ce concept est employé de préférence à celui de la planification car il sous-entend des principes :

- d'adaptation à l'environnement,
- de rapidité par rapport à la concurrence,
- d'économie de moyens.

Il ne faut pas, toutefois, penser que le marketing bancaire entendu « comme l'ensemble des actions entreprises par les banques pour adapter leur offre à la demande de la clientèle » consiste à transposer les méthodes des firmes non bancaires. Il y a une spécificité du marketing bancaire.

La démarche stratégique est présente dans tous les établissements de crédit qui, confrontés à la mondialisation des marchés et à un univers concurrentiel aux contours renouvelés, cherchent à baliser les voies de leur futur. Cette démarche est réalisée par les niveaux hiérarchiques les plus élevés de la banque, parfois en collaboration avec un cabinet de consultants, et elle s'articule autour du diagnostic puis des choix et mouvements stratégiques.

Une orientation marketing bien conçue repose sur des relations étroites avec les clients pour les informer et les impliquer dans le processus de l'offre. Il s'agit de faire des clients la préoccupation centrale de l'entreprise, étant entendu que les banques Algériennes sont des entreprises publiques économiques depuis la Loi n° 88-01 du 12 Janvier 1988 (portant loi d'orientation des entreprises publiques économiques, J.O.R.A.D.P n° 2 du 13 Janvier 1988).

Cela suppose de les satisfaire à travers une réflexion sur la valeur et la qualité afin d'intensifier la relation avec eux et de les fidéliser. On peut aussi développer un marché et pas seulement un produit.

La fidélité est un « engagement profond » pour acheter ou fréquenter à nouveau un produit ou un service en dépit des facteurs situationnels et des efforts marketing susceptibles de provoquer un changement de comportement d'achat.

(511) – Philip Kotler, Kevin Lane Keller, Bernard Dubois et Delphine Manceau, Marketing – Management, Pearson Education, France 2006, 12^{ème} Edition, p. 43.

(512) – Sylvie de Coussergues, Gestion de la Banque, du diagnostic à la stratégie, Dunod, Paris, 2002, p. 235.

Section I

Faire un constat du marché.

L'économie d'un pays et l'économie mondiale se présentent sous la forme d'un ensemble complexe de marchés qui interagissent à travers des processus d'échange.

Les professionnels du Marketing désignent souvent les clients par le terme de marché, généralement, on utilise le mot secteur pour décrire l'offre et on réserve celui de marché à la demande. La spécificité du marché des produits bancaires peut s'appréhender en considérant tant l'offre que la demande de produits bancaires. Une propension croissante de l'activité bancaire porte sur les services.

Paragraphe I

Le marketing des Services.

Le marketing porte sur les biens et les services. Si l'on parle, fréquemment, de biens et de services, il reste difficile de les distinguer précisément tant ils sont liés les uns aux autres (513). La préoccupation de la fidélisation rapproche la gestion des produits de la gestion des services ; les banquiers s'intéressent moins à la vente d'un produit et plus à la création d'un lien durable avec le client.

Dans le domaine bancaire, l'exemple le plus courant est celui du prêt immobilier qui est un point d'ancrage qui permet de développer une relation complète du banquier avec ses clients. Ainsi, l'ouverture d'un prêt immobilier (le service) est souvent accompagnée d'une hypothèque sur l'immeuble (le bien).

Si le banquier est ravi de conclure ce type d'affaire, il n'en demeure pas moins que c'est l'établissement bancaire d'un lien supposé durable qui le satisfait. Le caractère essentiel de l'activité bancaire repose sur la notion de service. Le banquier est un prestataire de services même si le support de cette prestation « l'argent » peut parfois le masquer et même si les conditions de cette prestation qui requièrent une parfaite maîtrise de la technologie font que l'on parle souvent de l'industrie des banquiers. La gamme des produits bancaires comprend les différents types de services.

(513) –Anne-Laure Pierre, Fidélisation du client, Mémoire de D.E.S.S, Paris V, 2000, p. 7.

A

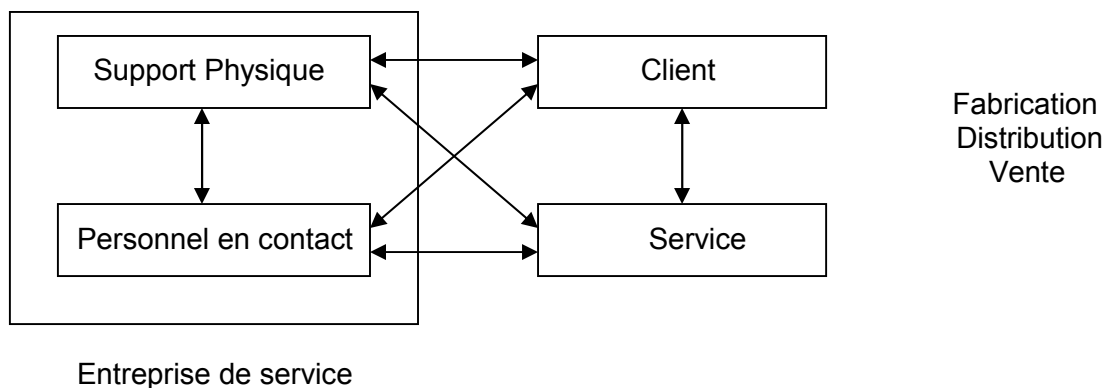
La notion de service.

Un service est une activité ou une prestation soumise à un échange essentiellement intangible et qui ne donne lieu à aucun transfert de propriété. Un service peut être associé ou non à un produit physique : Variable la plus importante du marketing mix.

Par produit, il faut entendre tout ce qui peut être offert sur le marché pour satisfaire un besoin. Le produit est en effet au cœur de l'offre. Bien souvent, les banques dominantes sur un marché se caractérisent essentiellement par des produits et services de qualité supérieure.

- Les différents types de services sont habituellement distingués : -
- Les services purs obtenus uniquement avec du travail comme toutes les activités de conseil ou l'ingénierie financière ;
- Les services mixtes qui combinent travail et biens d'équipement et qui dans la banque occupent une place croissante, car à l'heure actuelle, la plupart des services bancaires incorporent un haut contenu de technologie, des plus simples comme les retraits d'espèces à partir de distributeurs automatiques aux plus sophistiqués comme la fourniture d'une garantie de change ou de taux.
- La servuction : ce terme désigne le processus de fabrication d'un service qui peut être représenté selon la figure 1 (ci-dessous) et qui résulte de l'interaction des trois éléments :
 - Un support physique,
 - Du personnel et
 - Un client.

Figure 1- Le Système de servuction (514).



(514) – Source : D'après P. Eiglier, E. Langeard et V. Mathieu, « Marketing des services », in Encyclopédie de Gestion, Economica, Paris, 1997.

La servuction implique de surcroît :

- La participation du client à la prestation du service avec par exemple la nécessité de remplir correctement une formule de chèque ou d'adresser à la société d'affacturage les bordereaux récapitulant les factures pour que le processus de servuction puisse s'accomplir ;
- Du personnel de contact qui sert d'interface entre le client et la banque, sauf dans le cas d'opérations traitées avec des automates bancaires ou par les canaux de la banque à distance ;
- Un réseau de distribution qui assure le contact banque – client.

La multiplication : Le nombre de produits offerts par une banque à sa clientèle est très élevé, de plusieurs dizaines pour la banque de petite taille n'exerçant qu'un seul métier, à plusieurs centaines pour la banque généraliste. Les nomenclatures mises au point par les contrôleurs de gestion pour dresser la liste de tous les produits offerts permettent de mesurer l'importance de la gamme.

Les services qu'ils soient bancaires ou non sont communément distingués par les quatre caractéristiques fondamentales suivantes : immatériabilité, périssabilité, indissociabilité, hétérogénéité. Les caractéristiques additionnelles spécifiques au secteur financier sont : l'absence d'identité spécifique, la dispersion géographique de l'activité, l'arbitrage croissance / risque, la fluctuation de la demande, la responsabilité fiduciaire, la menace de tarification des services gratuits, l'intensité de la main d'œuvre dans les processus.

Le marketing des services a pris quelque retard sur le marketing des produits mais la situation se redresse rapidement. Le marketing des services n'est pas seulement externe mais également interne et interactif afin de mobiliser les employés. Les clients jugent à la fois les performances techniques et fonctionnelles des services, ainsi les entreprises doivent-elles se différencier en cherchant à améliorer qualité et productivité.

a

L'immatériabilité.

Le service ne peut pas être physiquement touché, il n'a pas de représentation matérielle, il n'est pas tangible. Le service bancaire ne répond pas à un processus industriel que l'on peut protéger par un brevet, il est donc initié par la concurrence. Ajoutons que la nature des activités bancaires ne permet pas d'offrir un délai d'exclusivité au-delà de quelques jours pour des produits qui deviennent assez uniformes dans le fond, d'un établissement à l'autre.

Une conséquence du caractère immatériel des services et de l'idée fort répandue selon laquelle la banque est un service public, est l'étonnement et la difficile acceptation de la non-gratuité des services bancaires. La prestation de services bancaires engendre une incompréhension du client quant à la tarification d'un service obligeant ainsi le banquier à expliquer d'une manière convaincante la nécessité du service.

Pour essayer de mettre en confiance le client et pour qu'il ait envie de rester dans la même banque parce qu'il y ressent tout un environnement particulier, les établissements ont essayé de développer des signes qui sont tangibles, afin que le client ne s' imagine pas trouver un service identique ailleurs. Il faut rendre le produit bancaire concret et donc jouer sur ses supports. Cela peut passer simplement par la décoration ou le confort d'une agence, ou encore par la qualité du personnel mis a disposition.

L'immatérialité du service bancaire fait que le bouche à oreille est extrêmement important. Il est probablement le meilleur moyen de communication que puisse utiliser la banque.

b

La périssabilité.

A cause de leur caractère immatériel, les services ne peuvent pas être stockés à l'avance, il faut nécessairement un ajustement constant de l'offre et de la demande. Pour éviter des variations rapides et donc des déséquilibres susceptibles de mécontenter le client, les banques peuvent agir en régulant la demande émanant des clients, en planifiant au mieux la prise de rendez-vous avec le personnel bancaire, et en installant des automates bancaires qui accroissent la rapidité d'exécution des opérations courantes.

Les banques peuvent aussi agir sur l'offre en déplaçant le personnel pendant les périodes d'intense activité, puis encore en impliquant davantage le client dans le processus de prestation. C'est le principe de servuction qui suggère au client de participer activement à la réalisation du service demandé, par exemple en remplissant un questionnaire préalable.

c

L'indissociabilité.

Il est impossible de séparer la production du service, de sa consommation. Le service bancaire est d'abord vendu, et ensuite il est produit et consommé simultanément. A l'inverse de la plupart des biens, ici la vente est réalisée avant la production du service. Cette chronologie peu habituelle engage la qualité du prestataire de services. Il doit être fortement

impliqué dans le programme de la banque pour répondre rapidement et efficacement aux attentes du client ; le service étant produit devant celui-ci, les erreurs et difficultés sont, en effet, peu dissimulables.

d

L'hétérogénéité.

La prestation de service est forcément localisée, et c'est ce qui engendre cette hétérogénéité, qui peut provenir de la demande ou de l'offre. Ainsi, la qualité de la prestation de services peut varier d'un individu à l'autre, ou même d'un client à l'autre.

Pour remédier à cette difficulté, deux idées s'opposent : soit valoriser les différences, soit uniformiser le plus possible le processus de prestation.

Valoriser les différences permet au client bancaire d'avoir un service personnalisé, mais cela implique de lui consacrer plus de temps, et celui-ci peut refuser de payer plus cher pour une offre personnalisée, s'il n'en ressent pas le besoin.

En revanche, si la banque décide de ne pas tenir compte des spécificités de sa clientèle, elle peut choisir d'uniformiser le processus de prestation en formant de la même manière le personnel, ou encore en standardisant au maximum, avec la mise en place d'automates bancaires. Cette volonté d'unicité des procédures permet alors, une réduction appréciable des délais d'attente pour le client, elle présente moins de relationnel dans le contrat bancaire.

Chacune des caractéristiques énumérées entraîne des problèmes de marketing spécifiques. Il faut en particulier « concrétiser » l'intangible ; accroître la productivité de ceux qui « produisent » le service ; contrôler la qualité afin d'en réduire les variations, et influencer les mouvements d'offre et de demande pour réduire les inconvénients de la périssabilité (515).

B

Les services bancaires aux ménages : Une dialectique de la réduction des interactions opérationnelles simples et de l'intensification des relations de services complexes (516).

Les banques notamment françaises ont connu depuis la fin des années soixante-dix une profonde transformation de leur système d'offre. Le Tableau 1 (plus loin) fournit un bref

(515) – Kotler, Keller, Dubois, Manceau, Marketing Management, opcit, p. 459.

(516) – Jacques De Band et Jean Gadrey, Rev. d'Economie Financière 2005, n° 183, p. 30 et s.

aperçu de ces transformations, en distinguant quatre phases (dont la dernière est plus hypothétique et correspond à des tendances émergentes (517).

Si l'on s'intéresse, non pas aux « produits » et « service » ou au système technique de production, mais aux relations de service associées à ces différents stades, la séquence suivante apparaît :

Le premier stade est celui des liens traditionnels et personnels entretenus par les ménages bancarisés (une minorité dans un premier temps) avec les employés de guichets et les responsables d'agences, hommes de terrain ayant le plus souvent débuté leur carrière au guichet. Marchés internes du travail et monopoles locaux associés à des clients fidèles se répandent dans un environnement peu turbulent, peu concurrentiel, peu technicisé ;

Le deuxième stade voit le système d'offre se massifier, l'informatique lourde s'imposer, et les réseaux d'agence quadriller le territoire pour « bancariser » les ménages sur la base d'un nombre très réduit de « produits ». La concurrence étant encore faible, la clientèle est en partie captive, en partie fidèle (518). L'interaction opérationnelle au guichet reste de mise, sous la forme traditionnelle d'écritures manuelles effectuées au contact de la clientèle et transmises ensuite aux centres de traitement informatique. Des relations personnelles épisodiques et de faible complexité se nouent à cette occasion pour régler les problèmes courants de tenue et suivi des comptes, ou les questions un peu plus complexes d'attributions de crédit ;

Le troisième stade, celui de la diversification de « produits à la recherche de clients » (dans un contexte devenu concurrentiel) et le quatrième, où l'accent est mis sur la résolution de problèmes – Ces deux stades étant vraisemblablement appelés à coexister durablement voient l'avènement de la fonction commerciale (puis de la fonction de conseil) dans une organisation profondément modifiée par la saisie informatique décentralisée des informations. La plus grande partie de la saisie manuelle disparaît et la notion même de guichet (comme lieu de la relation de service) éclate avec, d'un côté, le guichet sans agent (opérations automatisées réalisées par le client en self-service), de l'autre, l'agent sans guichet, voué à la « vente », au conseil et à la réalisation d'opérations plus complexes, plus individualisées, et non standardisées. La première situation implique la disparition de tout un pan d'interactions opérationnelles, la seconde signifie le développement de relations de

(517) – Ce tableau est issu de Gadrey, 1991.

(518) – On distingue en effet la fidélité (loyalty), supposant la possibilité d'être infidèle, de la captivité, qui exclut le choix, si ce n'est celui de se passer du service (exit) ou de protester (voice) sur les conditions de captivité. Une quatrième éventualité est mise en avant par Guy Bajoit (1992), qui complète la triade de Hirschman par la notion de participation passive ou « pragmatique ».

service plus complexes. Ces relations plus complexes sous l'angle technique et cognitif des problèmes à résoudre, plus denses en raison de la dimension de conseil financier personnalisé dans lequel clients et prestataires interagissent, sont par ailleurs marquées par des stratégies de fidélisation justifiées par la réduction des situations de captivité: « Il devient d'autant plus nécessaire de valoriser le fonds de commerce existant et de diversifier les offres de services que la conquête de nouvelles parts de marché ne peut guère s'exercer maintenant qu'en direction des jeunes ou au détriment des concurrents ».

Tableau 1 (519)

<p>Service traditionnel préindustriel (années 50)</p>	<p>Quasi-industrialisation « produits - services » de masse (années 60-70)</p> <p>-----</p> <p>Economies d'échelles Accent sur la productivité</p> <p>Clientèle passive et peu segmentée</p>	<p>Concevoir des quasi-produits en relation avec la fonction commerciale et le Marketing (années 80)</p> <p>-----</p> <p>Clientèle ciblée et segmentée</p>	<p>Rendre des services et vendre des résultats conseiller, trouver des solutions, réduire l'incertitude (années 90)</p> <p>-----</p> <p>Recherche prioritaire de services « à valeur ajoutée ». Clients exigeants et actifs.</p> <p>-----</p> <p>Automatiser la partie simple du service</p>
<p>Service traditionnel fondé sur des relations personnalisées et sur des supports techniques rudimentaires.</p>	<p>Industrialisation et production de masse de services standards prenant la forme de quasi-produits, à partir de systèmes techniques lourds et centralisés.</p>	<p>Il ne suffit plus de concevoir et de proposer des « produits-services » il faut les vendre et aller à la rencontre de la clientèle dans un environnement devenant plus concurrentiel. La fonction commerciale s'introduit en force au niveau des agences, l'organisation se décentralise. Ceci contribue à faire monter les exigences de services.</p>	<p>Il ne suffit plus de vendre des quasi-produits, il faut proposer des services, c'est-à-dire, des solutions plus complexes, individualisées, appuyées sur une gamme très étendue de « quasi-produits ». Ceux-ci redeviennent des composantes du service. Passage de la standardisation des prestations à la définition de méthodes de résolution de problèmes. Parallèlement, le « self-service » se développe pour certaines fonctions simples.</p>

C

Les services financiers tournés vers le marketing relationnel.

L'approche du marketing relationnel est particulièrement bien adaptée aux services, et donc aux services bancaires, pour quatre raisons (Berry, 1995) (520).

L'essence même du service rend la relation interpersonnelle fondamentale. La répétition des contacts entre les clients et les fournisseurs de services facilite l'approche relationnelle de l'échange. La recherche d'une qualité de service par l'entreprise vise à favoriser la fidélité du client et donc une relation de long terme. Le secteur bancaire a longtemps recherché la qualité de service par la performance des produits et services financiers commercialisés. Depuis quelques années, la qualité de la relation interpersonnelle est envisagée, conduisant les établissements bancaires vers le développement d'un marketing relationnel. L'intangibilité du service rend difficile l'évaluation a priori du service et apporte un risque à l'acheteur. Il doit donc faire confiance à son fournisseur avant d'acquiescer le service. Le marketing relationnel est adapté à cette problématique.

Le secteur des services a été bouleversé ces dernières années par la dérégulation. Les transports, la distribution d'énergie, la banque ont vu les conditions de la concurrence se durcir et le consommateur plus courtisé. Reichfeld et Sasser (521) ont montré que fidéliser les clients favorise l'augmentation des bénéfices. Leur étude célèbre a montré qu'une réduction de 5 % de l'infidélité des clients pouvait augmenter les bénéfices en moyenne dans les entreprises de 25 %. Cette augmentation est due au coût de recrutement élevé de nouveaux clients aussi bien qu'à l'augmentation du panier moyen des clients les plus fidèles. Une analyse menée dans le secteur des cartes de crédit aux Etats-Unis par ces auteurs, a montré que la baisse du taux de défection des clients de 20 à 10 % avait doublé la durée de vie moyenne d'un client, le faisant passer de cinq à dix ans. De la même façon, le produit net par client passait de 134 à 300 \$. Ces auteurs ont souligné que si ce taux baissait encore de cinq points, passant ainsi à 5 %, la durée de la relation doublait de nouveau et le produit net passait alors à 525 \$. L'entreprise a donc tout intérêt à mettre en place un marketing relationnel.

Une meilleure connaissance de son fournisseur réduit le risque perçu du client. La construction d'une relation entre le fournisseur de service et le client valorise ce dernier qui aime se sentir reconnu. Cette reconnaissance sociale a été mise en évidence dans de nombreux secteurs de service et en particulier dans le secteur bancaire (Parasuraman,

(520) – Berry L. (1995), « Relationship Marketing of Services – Growing Interest, Emerging Perspectives », *Journal of the Academy of Marketing Science*, Vol 23, n° 1, p. 226-245.

(521) – Reichfeld et Sasser (1990), « Zéro défections : Quality Comes to services », *Harvard Business Review*, n° 68, Octobre, p. 105-111.

[1991]) (522). Le secteur bancaire cumule deux difficultés : il fournit un service intangible qui rend la relation interpersonnelle entre le chargé de clientèle et le client fondamental, il traite d'un « produit » à forte connotation pour le client : l'argent. A ce double titre, l'approche relationnelle de l'échange est particulièrement bien adaptée.

Une façon de répondre à ce défi est de renforcer l'image de marque de l'entreprise (Berry et Parasuraman, [1991]) (523). Or, la plupart des banques françaises et européennes ont pris conscience de l'insuffisante différenciation de leur marque. En l'absence d'un réel positionnement, le client choisit l'entreprise la moins coûteuse ou la plus proche de chez lui. Les banques qui vont gagner cette lutte concurrentielle seront donc celles qui pratiquent des prix faibles ou ont le réseau de distribution le plus dense. La grande distribution se lance sur le marché financier avec des avantages sur ces deux points. Badoc [2004] (524) appelle à la création d'une politique de marque pertinente pour les banques européennes, afin de gagner cette lutte concurrentielle. On associera alors à la relation interpersonnelle une relation entre le client et l'entreprise à travers sa marque.

Kapferer (525) représente l'identité de la marque par un prisme à six facettes qu'on peut appliquer à la banque : la facette physique comprend les caractéristiques propres de la banque quant à ses produits et ses services. C'est la facette la plus facile à imiter pour des concurrents ; la facette personnalité permet de personnifier la banque. La facette du reflet repose sur un mécanisme d'identification pour les clients. Quelle image de lui-même lui renvoie la banque : un créateur, un bon gestionnaire... ? La facette de la relation représente le type de relation proposée par la banque. Est-ce un rapport de partenariat (« la banque, partenaire de vos projets... ») ou un rapport de pédagogie (« la banque qui vous apprend... ») ? Enfin, la facette culturelle rappelle l'enracinement culturel de l'entreprise. Certaines banques choisissent par exemple d'insister sur leur caractère régional ou mutualiste. L'image crée pour la banque une relation particulière avec le client en lui permettant de la distinguer de ses concurrents et en impliquant un attachement à la marque.

Le développement des technologies de l'information (T.I.C) a incontestablement favorisé le développement de la relation dans les services. Les T.I.C ont permis une meilleure connaissance des comportements d'achat des clients, une personnalisation des services, une meilleure coordination entre les services proposés au client et un enrichissement des services proposés. Elles ont, également, contribué au développement de

(522) – Parasuraman A., Berry L. Zeithaml V. (1991) : « Understanding Customer Expectations of Services », Sloan Management Review, printemps, p. 39-48.

(523) – Berry. L., Parasuraman A. (1991), Marketing Services, Free Press, New York ; Cf. Jacques De Band et Jean Gadey, opcit, p. 135 et s.

(524) – Badoc M. (2004), « Rénover le marketing bancaire », Banque Stratégie, n° 216, Juin, p. 2-5.

(525) – Cf. Lamarque, opcit, p. 134.

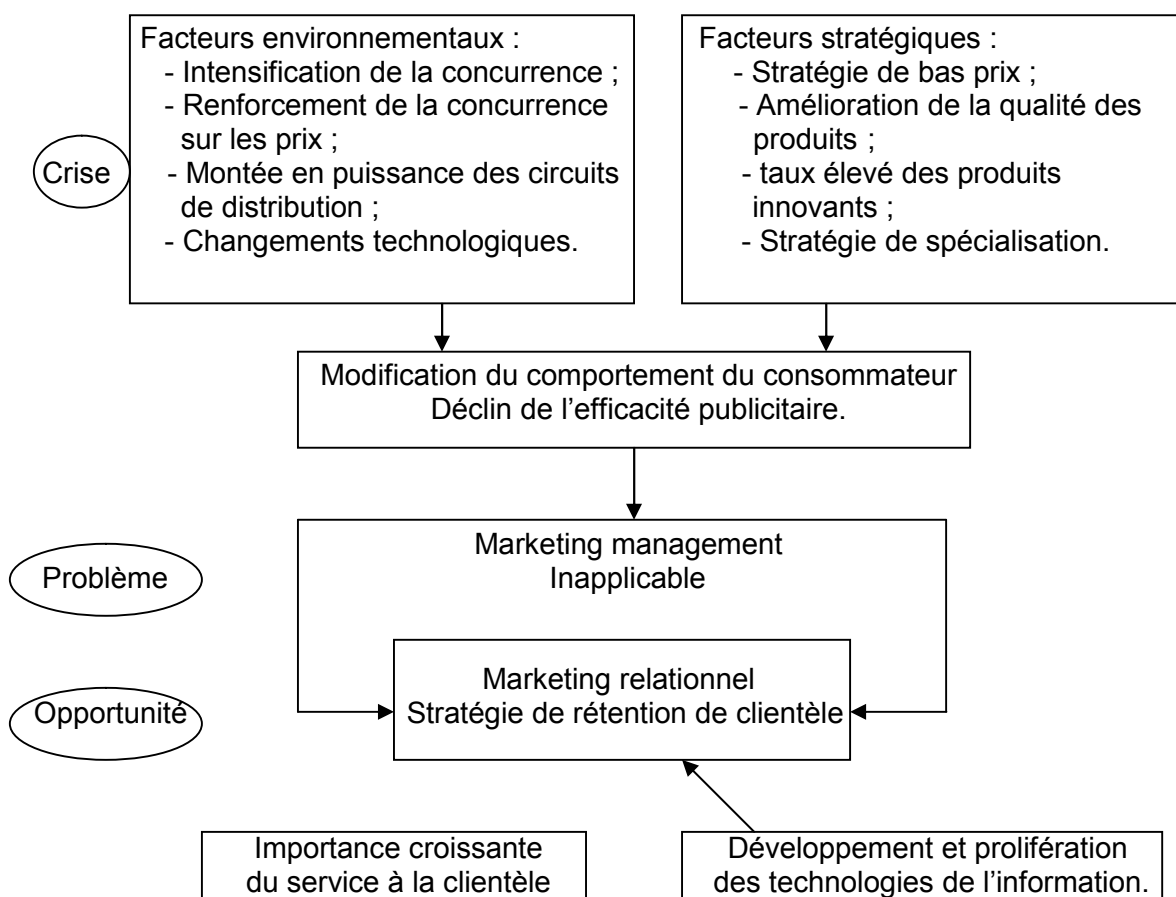
la communication ascendante et descendante entre le client et l'entreprise avec une accélération des échanges.

Dans le schéma de Flambard – Ruaud et Llosa (1999), présentant les facteurs de changement ayant conduit au marketing relationnel (Voir Figure 2), on remarque l'importance de ces T.I.C. Elles ont engendré à la fois une meilleure information du consommateur et donc des exigences nouvelles de sa part et de nouvelles possibilités pour les entreprises pour analyser en profondeur leur comportement en évitant la massification des propositions jusque-là dominantes.

On trouve bien sûr cette évolution des T.I.C dans le secteur bancaire. Les T.I.C sont utilisées à la fois dans les processus de gestion interne et dans la relation avec les clients. Elles ont ouvert la voie au marketing relationnel. En interne, les fichiers clients ont été développés et qualifiés, afin de mieux suivre l'évolution des acheteurs.

Figure 2 (526).

Les facteurs de changement.



(526) – Source : Flambard-Ruaud et Llosa (1999) : « Marketing relationnel et marketing des services : une profonde complexité », in Bernard Pras, Faire de la recherche en marketing, Vuibert, p. 65.

La difficulté pour les opérateurs est d'avoir un fichier fiable pour un suivi optimal de la clientèle. Or, si les informations sont correctement saisies lorsque l'individu devient client de la banque, la mise à jour est plus difficile. Pourtant, elle est une condition fondamentale à la réussite des politiques de fidélisation menées dans le cadre d'un marketing relationnel. L'ensemble des informations recueillies sur les consommateurs ou les concurrents forme le « système d'information marketing ». En externe, l'explosion des moyens d'échange renforce les liens entre la banque et ses clients par l'envoi de messages personnalisés ascendants et descendants permettant au particulier ou à l'entreprise de rester en relation constante avec son organisme financier.

En même temps que d'une certaine manière les T.I.C renforcent le caractère relationnel de la relation entre la banque et ses clients, les résultats d'une étude réalisée au Canada auprès des jeunes montre que le niveau d'utilisation des technologies bancaires en libre-service (guichets automatiques et Internet) n'affecte pas la perception du niveau relationnel d'une institution financière, ni l'intérêt du client à s'engager dans une relation à long terme avec une institution (Belisle et Ricard, [2002]) (527).

Les T.I.C sont donc peut être un élément facilitant la mise en place d'un marketing relationnel, mais ne sont pas suffisantes pour sa réussite.

Cette ouverture vers le marketing relationnel a naturellement conduit à s'intéresser à la gestion de la relation client. Lefébure et Venturi (528) la définissent comme « la capacité d'identifier, d'acquérir et de fidéliser les meilleurs clients dans l'optique d'une augmentation du chiffres d'affaires et des bénéfices ».

Si on compare cette définition à celle du marketing relationnel de Berry que nous avons donnée au début de ce chapitre, nous pouvons constater l'ajout de la sélection des « meilleurs clients » et de l'expression claire de l'objectif qui est d'augmenter le chiffre d'affaires et le bénéfice.

D

Services et capitalisation des connaissances.

Les rapports complexes et contradictoires entre services et information jouent également sur un second plan (529) qui concerne non ce qui est proposé et produit mais l'organisation productive qui en permet la mise en œuvre. Est alors en cause la nature des

(527) – Belisle D., Ricard I., 2002 : « L'impact du degré d'utilisation des technologies bancaires libre-service sur la perception des jeunes consommateurs du niveau relationnel de leur banque », Actes du Congrès international de l'A.F.M (Lille, France, Mai), 2002, Vol. 1, p. 517-534.

(528) – Lefébure R., Venturi G., Gestion de la relation client, Editions Eyrolles.

(529) – J. De Band et J. Gadrey, C.N.R.S. Editions 2005, p 111 et s., opcit.

actifs conditionnant l'activité, et par là même la survie et le développement de ces entreprises. On en vient à la question des rapports entre services et connaissances, si l'on retient avec Fritz Machlup une distinction entre information et connaissance qui ne porte pas sur leur objet mais sur leur rapport au temps, l'une se référant aux apports continus, aux flux, l'autre à la mémoire, aux stocks (Machlup [1962]).

A la suite du repositionnement proposé par R. Coase (Coase [1937]), qui a donné naissance notamment à la théorie des coûts de transaction et aux théories de l'agence, H. Demsetz [1988] identifie un champ d'intersection spécifique entre l'économie de l'information et la théorie de la firme : celui qui a trait non pas au rôle de l'information dans les transactions ou dans les relations entre agents, mais dans la délimitation de ce qui constitue l'entreprise. Toute forme d'organisation économique, y compris l'entreprise, reflète le fait que la connaissance est coûteuse à produire, à conserver et à utiliser, et que sur tous ces aspects des économies peuvent être réalisées à travers la spécialisation. Les industries et les entreprises au sein de ces industries, peuvent être caractérisées par les connaissances spécialisées dont elles sont ,dépositaires, leurs frontières s'établissant aux limites des possibilités dans l'extension de ces connaissances.

Cette redécouverte du rôle des connaissances dans ce qui fonde l'actif et conditionne l'existence des entreprises est en phase avec l'évolution des activités manufacturières. C'est aussi un enjeu central dans les activités de services intellectuels, pour que puissent se développer des logiques d'entreprises, alors même que les connaissances en cause sont faites d'une combinaison complexe de savoirs homologués, de méthodes « maison » et de savoirs d'expérience, qui se prêtent plus aisément à une appropriation individuelle que collective.

Notons d'emblée qu'à la suite de F. Machlup, nous considérons comme participant aux « connaissances » des informations relevant de différents niveaux d'élaboration et de complexité, allant d'informations factuelles aux méthodes, formalisées ou non, jusqu'à l'information-structure qui constitue le cadre de référence et aide à finaliser l'interprétation et l'action (sur cette typologie, cf. Mayère [1990]). Parmi la diversité des connaissances mobilisées dans le cadre de la production de services intellectuels aux entreprises, il est possible de distinguer quatre grands types de connaissances en fonction de leur objet :

- des connaissances relatives au domaine d'application de l'intervention : ainsi par exemple des connaissances qui peuvent être requises en matière de PAO pour une prestation d'ingénierie visant à concevoir l'automatisation d'un atelier de production ;
-

- des connaissances relatives à la démarche de mise en oeuvre du service : connaissances sur la conduite de projet, sur les méthodes de conception, sur la résolution de problèmes... ;
- des connaissances relatives à la conduite de la relation de coproduction, qui peuvent relever de méthodes et outils génériques aux activités relationnelles – animation de groupe, résolution de conflit... – ou correspondre à l'intégration, dans les méthodes de la catégorie précédente, des dimensions particulières requises par la coproduction ;
- enfin, des connaissances relatives aux clients, qui vont de données sur les caractéristiques formelles et organisationnelles des entreprises concernées, aux vocabulaires et pratiques « maison », aux données d'expérience issues des collaborations avec les divers interlocuteurs, et aux savoirs concernant les opérations précédemment menées en commun.

De telles connaissances ont pour caractéristique de combiner étroitement des savoirs génériques et des savoirs d'expérience étroitement dépendants de leur contexte de production. Une autre caractéristique forte tient à ce qu'il s'agit de savoirs en tout ou partie coproduits avec les clients et donc partagés avec eux. La difficulté d'une capitalisation des connaissances qui soit plus qu'individuelle apparaît nettement au vu de ces caractéristiques; elle tient également aux formes de connaissances et d'expertises en cause. Ces dernières associent en effet des données factuelles et des éléments de méthodes qui peuvent être en tout ou partie totalement formalisés, voire informatisés, mais qui sont aussi pour une autre part beaucoup plus rétifs à la formalisation, difficilement dissociables des expériences et des individus concernés. C'est par exemple le cas de toute la base de connaissances réciproques qui se constitue au fil des relations de coproduction entre les prestataires et leurs clients. Les économies qu'autorise un tel investissement partagé, une fois constitué, justifient probablement en bonne part la fidélisation élevée des clients repérable dans de telles activités (Mayère, Vinot [1991]).

Ces connaissances accumulées sur et avec les clients constituent une forme d'investissement porteur de gains en efficacité, et favorisant l'établissement de la relation de confiance si importante pour l'existence et le bon déroulement de la relation de service. Les connaissances accumulées permettent de restreindre le transfert d'informations requis pour le lancement et la conduite d'une nouvelle mission; les vocabulaires et terminologies respectives sont connus, de même que tout ou partie des interlocuteurs, ainsi que la plupart des éléments de contexte nécessaires au bon déroulement de l'opération. En favorisant l'établissement d'une relation de confiance, ces connaissances initiales maximisent de plus

les chances que soit transmis l'essentiel des informations additionnelles nécessaires à la bonne compréhension du problème et des éléments pouvant concourir à sa résolution. Elles permettent enfin des économies réciproques sur les opérations de contrôle visant à s'assurer du bon déroulement du service, le contrôle étant ici entendu au sens que lui donnent les théories de l'agence, et n'étant pas nécessairement envisagé comme tel par les acteurs concernés. L'économie potentielle est d'autant plus notable que la nécessité d'un contrôle se fait également sentir du côté des prestataires, s'agissant de services aussi exigeants en matière de coproduction, dans la mesure où les intervenants ont besoin que tout un ensemble d'opérations soit mené à bien par leurs clients pour le bon avancement de leurs prestations.

Ces quelques éléments de repérage sur les connaissances mobilisées dans les services intellectuels, et en particulier sur celles qui permettent ou favorisent l'établissement et le bon déroulement de la relation de service, font bien percevoir la difficulté de mise en place d'une capitalisation qui ne soit pas seulement le fait des consultants pris individuellement. Cependant, même si le partage de tels savoirs rencontre des limites presque intrinsèques, l'observation de grands cabinets de conseil anglo-saxons comme de cabinets d'envergure plus modeste suggère qu'il est possible de développer ce partage à des niveaux relativement élaborés. Un tel processus repose sur une politique explicite de capitalisation socialisée des connaissances, dont on a pu dégager quatre volets principaux (Mayère [1990], p. 232 sqq.) :

- la formalisation du savoir : savoir d'expérience, sous forme de mémoires, rapports de mission selon des grilles standardisées... savoir de méthodes, sous forme de manuels, logiciels, banques de données;
- la mise en circulation du savoir : cette circulation passe par des communications médiatisées ou directes à différents niveaux, avec des temporalités combinant régularité et aléatoire;
- la coproduction du savoir, à travers l'obligation du travail en équipe, avec un impératif de substituabilité qui peut aller jusqu'au rejet du spécialiste indispensable dans la mesure où il ne diffuse pas son savoir;
- la gestion de l'évolution du savoir, à travers une politique de formation au sens large, visant un développement et une évolution continus des capacités de raisonnement et des champs de connaissance.

Si ces quatre volets sont loin d'être toujours également développés, leur combinaison apparaît nécessaire pour que s'instaure un processus de capitalisation socialisée des connaissances. Ils peuvent par contre être diversement développés sur les différents objets

de connaissance précédemment repérés. Ainsi a-t-il été observé dans certains cabinets de conseil juridique une forte polarisation des efforts de capitalisation collective sur les connaissances relatives aux clients, retenues comme constituant un avantage concurrentiel important dans des domaines d'intervention où les savoirs techniques sont très formalisés et partagés (Frachon [1993]). D'autres cabinets dans des domaines connexes mettent la priorité sur la formalisation des opérations les plus répétitives, pour maximiser le temps consacré aux conceptions sur mesure et aux relations avec les clients (Monnoyer [1993]).

Les entreprises de service ayant mis en place de tels dispositifs rationalisés et socialisés de capitalisation des connaissances semblent cependant être encore largement minoritaires, même si elles occupent souvent une place importante sur leur marché. Dans le modèle des professionnels associés qui, comme on l'a noté précédemment, paraît bien dominer en France, la capitalisation des connaissances est avant tout le fait de personnes, en l'occurrence des consultants et autres intervenants. Il n'y a pas à proprement parler de politique en la matière, et c'est un principe de « laisser faire » qui domine. Ainsi, on ne trouve pas dans de telles sociétés une organisation explicite de la circulation de l'information, mais des conditions sont de fait ou volontairement réunies pour que cette circulation soit dense et favorise ainsi l'émergence d'initiatives ou la saisie d'opportunités.

De telles structures, du fait de leur simplicité et de leur souplesse relatives, présentent l'avantage d'une grande ouverture aux idées nouvelles, et d'une sensibilité relativement forte aux inflexions de l'environnement. Mais cette capacité d'adaptation est aléatoire, et se plie par là même difficilement aux attentes des entreprises clientes en terme de gestion du risque dans un environnement incertain. Par ailleurs, les entreprises de service concernées sont affrontées à des risques importants de captation externe, ou d'inachèvement des initiatives engagées, du fait même de la personnalisation des interventions, et de l'absence de gestion collective de la capitalisation des connaissances.

On retrouve ainsi, au plan de ce qui conditionne l'existence même et le développement d'entreprises de service susceptibles de perdurer au-delà de leurs créateurs, cette exigence d'un nouveau professionnalisme, d'une rationalisation et de formes de division du travail dans la production d'information; elle conditionne également le développement d'industries de service dotées de spécialisations et de pratiques bien identifiées. On peut seulement espérer que, face aux évolutions plus défavorables de leur marché, les entreprises de service ne se laissent pas dominer par la réaction consistant à foncer tête baissée, et fassent l'effort d'une évolution qui, si elle ne se produisait pas, risquerait de creuser la distance entre les offreurs hexagonaux et leurs concurrents anglo-saxons.

E

De l'économie des services à l'économie des relations de service.

Est-il bien nécessaire de justifier une étude interdisciplinaire sur les services, ou plus exactement, en l'occurrence, sur les relations de service ?

Il est vrai qu'on ne s'intéressait guère, il n'y a pas si longtemps, aux activités de service. Sans doute, certains secteurs de services, qui réclamaient des politiques ou des réglementations, avaient-ils fait l'objet d'études : les transports, le système de santé, la banque.... mais les services en général, en tant qu'activités productives, ne retenaient guère l'attention.

Les réalités des services sont cependant devenues - en fort peu de temps, disons en une quinzaine d'années, et surtout depuis 1986 (ouverture de l'Uruguay Round) - incontournables. Tout le monde, ou à peu près, a pris conscience de l'importance quantitative des services dans nos sociétés et dans nos économies, que ce soit d'ailleurs pour s'en réjouir, pour s'en désoler, ou pour s'en inquiéter. S'en réjouir, en raison des créations d'emplois inattendues dans les périodes récentes (jusqu'à la fin des années quatre-vingt du moins). S'en désoler, en raison de la faiblesse des accroissements de la productivité et de la contribution des services à la croissance, S'en inquiéter, en raison d'accroissements prévisibles des pressions concurrentielles internationales, de la productivité, et des réductions corrélatives des emplois.

Les activités dites « de service » sont en effet devenues prépondérantes dans les chiffres comme dans la vie quotidienne. Dans les chiffres, le fait est évident : dans les pays de l'OCDE, les services représentent maintenant autour des deux tiers de l'activité productive, en termes de PIB, et un peu plus en termes d'emplois. Même s'il s'agit d'activités très hétérogènes (mais n'en est-il pas de même après tout en matière d'activités industrielles"), leur montée en puissance, qui ne date évidemment pas d'aujourd'hui, constitue une mutation majeure des systèmes productifs. Et cette importance des activités de service est aussi devenue une réalité vécue, au quotidien, par les particuliers comme par les entreprises. Les services ont envahi les budgets des consommateurs comme les consommations intermédiaires des entreprises.

L'importance des enjeux que représentent les services – et qu'ils sont de plus en plus susceptibles de représenter dans la « société de service » en voie d'émergence – est maintenant devenue assez claire : en termes de (statut du) travail, d'emplois, de relations entre les individus et de type de société, de surplus de productivité, de (modèle) de croissance, de développement, d'environnement, de prix (relatifs), d'échanges internationaux, de compétitivité...

Cette brusque prise de conscience a cependant pris tout le monde au dépourvu : nos connaissances des réalités des services sont bien limitées, sinon embryonnaires. Faute d'investissements et efforts de recherche suffisants, les concepts et théories font défaut qui aideraient à comprendre ces réalités. Les outils dont nous disposons ont été développés, pour l'essentiel, depuis la révolution industrielle et dans le cadre de sociétés industrielles (on parle souvent de « sociétés industrielles avancées », pour qualifier certains pays développés).

Du point de vue de l'histoire de la science, on continuera sans doute à s'interroger sur la curiosité que représentent les lacunes et retards des recherches de type scientifique sur les services. Comment en effet expliquer que l'on ait pu, pendant aussi longtemps, ignorer les réalités omniprésentes des services et les négliger à ce point comme objets de recherches et de connaissance ? On n'a pas jusqu'ici trouvé de réponses très satisfaisantes.

D'une manière ou d'une autre, on est bien obligé de penser que les services n'ont pas été considérés comme des réalités suffisamment importantes pour que l'on s'en préoccupe et que l'on y consacre des efforts tant soit peu importants. On a beau se dire que des préjugés, des modes de pensée traditionnels ou des idéologies ont sans doute contribué à cet état de choses. On peut penser aussi à des inerties institutionnelles comme à l'existence de groupes sociaux influant sur la perception des activités considérées comme plus ou moins nobles. Mais tout cela ne fournit pas réellement une explication. Une analyse de ce processus de méconnaissance serait une utile contribution à notre connaissance des processus de production scientifique. Connaît-on en effet beaucoup d'exemples de telles réalités aussi massivement présentes et néanmoins jugées trop peu importantes pour être objets de connaissance ?

Depuis peu cependant, les recherches sur les activités et relations de service connaissent des développements importants, en particulier en France. Ces recherches apportent des éclairages entièrement nouveaux sur les réalités productives : elles sont peut-être de nature à renouveler, en profondeur, certaines des connaissances les plus établies en économie industrielle. C'est ce dont cette étude veut rendre compte.

Par ailleurs : -

Production industrielle, production de services :

Différences irréductibles ou similitude fondamentale ?

Il est clair que les services sont différents des biens, que les processus de production des services sont différents des processus de production des biens manufacturés, mais ce type d'opposition en dit trop ou pas assez.

Ne pourrait-on dire, en simplifiant à peine, que les recherches sur les services (y compris celles des quelques précurseurs) ont, en matière d'analyse comparative des activités industrielles et de services, constamment balancé entre les extrêmes de la similitude et de la différence ?

On a commencé (par exemple, dans le modèle dit de Fisher-Clark, auquel on pourrait ajouter celui de Jean Fourastié) par insister fortement sur la différence (le « tout autre » « qui vient après »). Il en est de même dans une série de travaux spécialisés consacrés à des activités de services particulières (qui sont de « nature » différente, ont des « logiques » différentes ...). Dans le même temps cependant, les économistes que l'on peut qualifier de généralistes ont eu et ont encore systématiquement tendance à traiter ces activités de service comme les autres activités, c'est-à-dire comme les activités industrielles, sans estimer devoir faire des différences.

Par contre, ceux parmi les économistes qui s'intéressent aux modèles de croissance et aux performances comparées des systèmes productifs soulignent le rôle essentiel des industries manufacturières (« manufacturing matters », selon le titre de l'ouvrage de Cohen et Zysman, 1987) et dénoncent l'erreur d'optique qui consiste à leur assimiler les services. On revient également à la différence avec ceux qui réfléchissent sur les transformations de la société à partir de modèles d'économies postindustrielles ou d'économies du self-service, considérées comme typiquement différentes des sociétés industrielles.

Parallèlement cependant, les conceptions proches de la pratique des choses, et que reflètent des approches en termes de gestion (marketing, qualité, conception, services après-vente, ...) tendent au contraire à considérer que « tout est dans tout » : les industriels ne tendent-ils pas à dire que ce qu'ils vendent ce sont avant tout des services ?

Et les recherches récentes ne font, d'une certaine manière, qu'accentuer ce balancement entre la différence et la similitude. Les tentatives de typologies des activités de services ont rapidement conduit à mettre en avant à la fois la très grande hétérogénéité des activités de services et l'absence de solution de continuité entre ces deux mondes (le « continuum biens-services »).

Par ailleurs, nombre de travaux, en particulier sur les services aux entreprises, ont fait ressortir la diversité des liens entre industrie et services, les services précédant, accompagnant ou suivant les biens ou, allant encore plus loin, produisant les biens. En sens inverse cependant, d'autres travaux soulignent les différences à bien des égards irréductibles en ce qui concerne les relations entre les acteurs, les logiques de fonctionnement et l'« économie » de ces activités, entendant par là les modalités de création et d'appropriation des valeurs et richesses.

Mais du coup, on n'oppose plus les mêmes objets : on n'oppose plus l'industrie, du moins l'industrie réelle telle qu'elle fonctionne (à la différence de la vision traditionnelle de l'industrie, confortée, il est vrai, par les conceptions néo-classiques de la « fonction de production ») à des activités de service plus ou moins immatérielles ou intangibles. On oppose des types d'activités et de logiques de fonctionnement, selon l'importance qu'y occupe la relation de coproduction entre le producteur et le client.

a

C'est la relation de service qui fait la différence.

En mettant ainsi en avant la notion de relation de service, cette étude est ressentie comme apportant une contribution décisive à ce débat. La solution proposée, à travers la notion de relation de service, souligne à la fois la similitude et la différence, l'une et l'autre forte, entre l'industrie et les services. La forte similitude : il n'y a pas de rupture au sein de l'ensemble des activités visant à produire des « choses » (biens ou services) et par là des valeurs et des richesses. La forte différence, à bien des égards radicale, le passage de la production à la coproduction changent la nature et l'économie des relations de production.

b

L'accent sur les relations de service et les conséquences de cette focalisation.

Cette étude est donc construite autour d'une idée partagée par la doctrine : plus on effectue de recherches en sciences sociales sur les services, plus on éprouve le besoin de mettre l'accent sur les relations de service, et mieux on est à même de repérer certaines formes de convergence entre l'industrie et les services. En d'autres termes, faire un peu de recherche sur les services éloigne de l'industrie, en faire beaucoup en rapproche, pour autant que l'économie des relations entre les agents ou acteurs de ces transactions soit soumise à examen.

Cette proposition mérite d'être précisée, ce que l'on peut faire en suivant son énoncé :

1 – « les recherches en sciences sociales... »

Dans cette étude, il sera principalement question d'économie, de sociologie et de gestion. L'objet « relations de service » se prête à la complémentarité de ces approches et exige selon nous leur croisement. L'étude est nettement pluridisciplinaire, bien qu'elle emprunte à titre principal aux méthodes et aux concepts de l'une de ces trois disciplines. Ce croisement disciplinaire est rendu possible par une forte convergence des méthodes d'approche de la relation de service, notamment en ce qui concerne le poids très important

de l'observation empirique et de la démarche inductive dans toutes les contributions. Les « terrains » peuvent être divers, les dispositifs d'investigation distincts, les cadres et les références théoriques initiales n'appartiennent pas aux mêmes champs académiques. Mais un processus de convergence est rendu possible par la focalisation sur la relation et sur son économie, et par le souci de l'observation de son déroulement, de son contexte social, et des formes de coordination et de régulation qui la caractérisent ;

2 – « ... sur les services... »

Au cours des années quatre-vingt, en effet, les services (en tant que branches et secteurs, en tant qu'entreprises ou administrations) ont commencé à faire l'objet, en France, de recherches d'abord isolées, puis plus coordonnées et plus nombreuses. Des résultats ont été accumulés, mis en discussion, et ils constituent la principale « base de données intellectuelle » sur laquelle ont été construites les contributions de cette étude. La plupart des auteurs précités ont participé aux travaux sur les services, où il était avant tout question de la spécificité de ces activités et de leurs « produits », de leur organisation, et plus généralement de ce qui les distinguait de l'industrie (ou de certains modèles industriels). C'était le stade de « la différence », probablement nécessaire pour que soit reconnu comme scientifiquement pertinent le champ ainsi exploré. C'était aussi une étape indispensable pour clarifier les problématiques, rassembler des données, construire des typologies et nomenclatures, mener des investigations de terrain contribuant par exemple à ce que le fonctionnement et les transformations de certaines activités tertiaires (les banques et assurances, les services professionnels, la grande distribution) fassent partie du patrimoine des sciences sociales au même titre que les connaissances sur l'industrie automobile ;

3 – « ... l'accent sur les relations de service ».

Le principal point de convergence de ces travaux sur les services, marchands ou non marchands, a été la mise en évidence et l'analyse du rôle particulier que joue le client, ou l'utilisateur, dans le processus de production. Ce dernier a été de plus en plus désigné comme processus de coproduction, un concept riche mais encore ambigu. En même temps, on commençait à faire la part des choses entre ceux des services où les interactions étaient fortes entre les agents concernés (producteurs, clients, autres acteurs) et ceux dont la production suivait une logique plus traditionnelle de « produit » proposé sur un marché dans des conditions autorisant une concurrence par les prix, les gains de productivité, les économies d'échelle. Les premiers devaient évidemment faire l'objet d'investigations plus

poussées dont on trouvera la trace dans cette étude. C'est à leur propos que nous avons formé le projet d'une théorie des relations de service, théorie dont cette étude propose des blocs fondateurs.

F

L'éclatement des conceptions du produit et des performances **est-il une spécificité des services ?**

Il n'y a pas lieu d'opposer radicalement les biens industriels et les services du point de vue qui nous occupe et cela pour diverses raisons. D'une part, nombre de services, parce que leurs prestations sont relativement impersonnelles et standardisées, ou parce qu'ils sont associés à des supports techniques qui facilitent leur découpage en unités techniques fondant un accord sur leur nature (Gadrey [1986]), ne semblent pas poser beaucoup plus de problèmes que les activités industrielles en ce qui concerne la construction sociale de nomenclatures, la définition d'unités et de « gammes » de prestations, et la mise au point de coefficients de pondération lorsque des indices de « volume » sont à exhiber. De leur côté, les produits de l'industrie peuvent de moins en moins être considérés comme la juxtaposition d'un nombre limité de « modèles » ou de biens standard, en raison des tendances à leur diversification et flexibilisation. La prise en compte des conditions de l'usage dans la définition du produit pénètre en force dans le secteur des biens d'équipement des ménages (Q. Delaunay [1990]). Certains secteurs industriels (fournisseurs d'équipements par exemple) n'ont d'ailleurs jamais été véritablement touchés par la standardisation «fordiste»).

Enfin, troisième motif, les transactions entre producteurs et clients, dans le secteur secondaire comme dans le secteur tertiaire, portent de plus en plus, explicitement ou implicitement, sur des biens complexes combinant des produits tangibles et des services ou garanties associées.

G

La sophistication croissante des produits offerts.

Le décloisonnement des marchés, la déréglementation des marchés financiers ont rendu les banquiers plus imaginatifs, plus créatifs. Aussi, pour répondre à la nouvelle demande de leurs clients, les banques ont tour à tour bâti des produits plus attrayants, plus sûrs et plus sophistiqués.

La gamme des instruments disponibles (fonds classiques, sicav, garanties, contrats d'assurance-vie multisupports ...) s'étoffe. Il faut orchestrer tout cela. Une tâche qui devient de plus en plus complexe, et « conduit les clients à solliciter les conseils des banquiers ».

Toutefois, si l'observation des pratiques d'accord sur la nature et la grandeur du produit soumis à échange ne conduit pas à opposer deux pôles dont l'un (le produit industriel) soulèverait peu de difficultés (c'est-à-dire de différends), alors que l'autre (le service) serait irrémédiablement flou, éclaté, donc source d'ambiguïtés, il reste que la fréquence des situations du second type est nettement supérieure dans les services et qu'il faut en éclaircir les raisons. Les arguments les plus souvent avancés font intervenir l'objet ou le système issu du processus de production industrielle, dont l'existence tangible, visible, physiquement séparable tant du système humain et technique dont il est issu que du système qui en prend possession, fonderait l'accord sur ce qu'est « en réalité » le produit soumis à échange. De plus, au moins dans les conditions contemporaines de la production industrielle de masse ou de séries, ces « objets » se répartiraient plus naturellement selon des gammes et des nomenclatures fortement ancrées sur les séries produites. La relative standardisation, même lorsqu'elle passe par la segmentation de l'offre et par la diversité des séries, et la nature tangible du support de la transaction seraient les deux facteurs convergents rendant compte d'une certaine facilité à s'entendre sur la nature et sur le volume du produit.

Dans la plupart des services, ces conditions ne seraient pas réunies, et tout particulièrement celle qui requiert l'autonomie physique du résultat du travail tant vis-à-vis du travail lui-même que vis-à-vis de la réalité que le service vise à modifier. On se rappelle qu'il s'agit de l'argument fondamental de Baumol. De même, la standardisation, la possibilité de produire les services en séries, selon des gammes de services semblables, paraissent plus souvent problématiques, même lorsque les procédures et méthodes de prestation sont assez normalisées. Si le service a pour résultat l'amélioration ou le changement d'état d'une réalité technique ou humaine, cette transformation, tout autant que les opérations ou prestations qui y conduisent, peut être réalisée selon une infinité de degrés. Le paiement de certains services en fonction du temps de prestation témoigne de cette continuité. Les gammes de biens industriels, à l'inverse, sont par définition discrètes.

Cette première façon de rendre compte des difficultés, plus nombreuses et plus sérieuses (on évitera l'adjectif : spécifiques) observées dans les services, est utile mais elle reste plutôt pragmatique, ne fournissant pas de réponse théorique à la question décisive : pourquoi l'existence ou l'absence d'un « objet » jouerait-il un rôle dans la difficulté à s'entendre sur le produit soumis à évaluation ?

H

L'incertitude et l'irréversibilité attachées à la prestation et aux « principes supérieurs de grandeur » en présence.

Le principal argument théorique qui semble pouvoir justifier la fréquence des difficultés rencontrées, dans les services, à s'entendre sur le produit et sur les performances, réside dans l'incertitude, en moyenne supérieure, attachée à la prestation (la relation de service et ses résultats), et dans l'irréversibilité, elle aussi fréquente, de la transaction et de ses effets. Incertitude et irréversibilité renvoient aux caractéristiques suivantes, présentes en diverses proportions selon les relations de service envisagées :

- la décision d'achat de service pour une prestation d'une certaine durée (confier une « mission » à un consultant, réserver un séjour ou un circuit touristique, s'inscrire à une auto-école ou à une session de formation continue, etc.) est un engagement antérieur au déroulement effectif de la prestation et, a fortiori, à l'obtention de résultats jugés satisfaisants. À bien des égards, on retrouve ici l'incertitude attachée aux relations et conventions salariales, liée à la séparation, dans le temps, de l'achat de la force de travail et de sa mise en oeuvre. C'est ce qui justifiera le parallèle que nous ferons par la suite entre ces deux types de relations sociales, au moins dans le cas où la prestation de service est achetée par un client sur un marché pour être ensuite mise en oeuvre sous sa responsabilité, ou dans une situation de coresponsabilité, ce qui est très fréquent ;
 - l'achat de services est, beaucoup plus souvent que celui de biens industriels, entaché d'irréversibilité, au sens restreint d'une « impossibilité d'un retour au point de départ » par « une action symétrique de l'action initiale » (Boyer, Chavance, Godard [1991]). Un bien industriel présentant un défaut au cours de la première utilisation peut, sous réserve que certaines garanties aient été fournies explicitement (contrat) ou implicitement (confiance), être échangé, remplacé par un bien identique ou réparé. Il n'y a pas exactement retour à la situation initiale (un certain temps d'usage a pu être définitivement perdu) mais on est proche de la réversibilité. Au contraire, si le cabinet de recrutement sélectionne un candidat qui ne donne pas satisfaction, si l'équipe chirurgicale commet une erreur d'appréciation, si le courrier exprès ne parvient pas à temps à son destinataire. ou si l'organisation d'un circuit touristique s'avère déficiente, le client aura irrémédiablement perdu le bénéfice attendu de la prestation. Les
-

entreprises de services et les spécialistes du management des services s'intéressent d'ailleurs de plus en plus à cette question dite de la garantie du service, tout en admettant que, puisqu'on ne peut « renvoyer pour réparation une mauvaise plaidoirie ou une coupe de cheveux ratée » (Hart [1990]), il faut chercher une réponse en termes de remboursements ou d'indemnisations à partir de normes de satisfaction affichées, c'est-à-dire une réponse « assurantielle ». Mais, d'une part, il est clair que cela n'assure pas le retour à la situation initiale et, d'autre part, la question des règles et du montant de l'indemnisation est loin d'être facile à résoudre lorsque les clients estiment que les pertes subies à la suite du service défaillant sont bien supérieures au coût de ce service : on retrouve ici l'ambiguïté de la conception alternative du « produit » de tels services comme ensemble de moyens mobilisés ou comme résultat ou impact ;

- l'incertitude et l'irréversibilité dépendent de ce que nous avons appelé le « support » du service (Gadrey [1991]) à savoir la réalité à laquelle la prestation est appliquée à la demande du client ou de l'utilisateur. Cette réalité peut être constituée d'objets matériels ou de systèmes techniques, d'informations à traiter, de signes monétaires, d'individus (ou de collectifs) dans leurs dimensions corporelle, cognitive, affective, etc... Il ne s'agit pas ici de considérer que lorsque le service porte sur des objets ou systèmes techniques, l'incertitude est nécessairement plus faible que lorsqu'il porte sur des personnes. Tout dépend du degré de prévisibilité des « cas » et problèmes à traiter et de la capacité qui existe, compte tenu des techniques et des connaissances disponibles, de pouvoir traiter ces cas ou résoudre ces problèmes avec un faible taux d'aléas opérationnels. Mais, de fait, ce sont souvent les prestations portant sur les personnes (santé, formation, ...) ou sur des groupes organisés (dont il s'agit par exemple d'améliorer les savoirs collectifs ou de modifier les règles d'organisation) qui connaissent le plus haut degré d'imprévisibilité et de singularité des problèmes, des réactions, et des informations pertinentes (cf. par exemple, dans le cas du travail hospitalier, Fouilleul, Matheron, Vuillon, in : Yves Scharwtz et alii [1992])
 - enfin, c'est incontestablement dans le secteur tertiaire que l'on trouve la grande majorité des activités dont les registres de justification sont (au stade de développement actuel des sociétés capitalistes étatiques) les plus ambigus, les
-

plus divers, les plus concurrents (pour la même activité), ces tensions aggravant d'autant l'incertitude sur ce qu'il convient de retenir comme grandeur de référence pour définir et apprécier le produit ou le résultat. Deux facteurs essentiels expliquent cette diversité et ces tensions, dont plusieurs exemples ont été précédemment fournis : 1°) le premier vient d'être rappelé : de nombreuses activités de service ont pour « support » (ou « objet de travail ») des individus ou des collectifs d'individus. Même lorsque de tels services sont marchands, ils sont donc soumis non seulement à des exigences industrielles portant sur leur efficience (en cela ils diffèrent peu du secteur industriel marchand), mais aussi, très fréquemment, à des impératifs de justification d'ordre domestique (être bien traité ou soigné, sur un mode « personnalisé », entretenir des relations de confiance) ou civique (être traité avec équité, en tenant compte de l'intérêt collectif et de l'existence de solidarités, de la déontologie professionnelle, ...) sans compter que la plupart des exemples de modes de l'inspiration (les activités de création) et de l'opinion (les médias et les relations publiques) s'appliquent plutôt à des activités de service qu'à l'industrie. 2°) d'autre part, c'est au sein du secteur tertiaire que l'on trouve l'essentiel des activités de production de « biens publics » et de « biens collectifs », que cette production soit directement prise en charge par les administrations de « l'État-providence » ou qu'elle soit contractuellement concédée à des entreprises privées.

On comprend mieux que, pour ces activités de service où fonctionnent simultanément plusieurs registres de grandeur, l'accord ait beaucoup plus de difficulté à se faire sur ce qui compte, et que l'on puisse être dans l'impossibilité de trouver un compromis synthétique, c'est-à-dire une méthode, un ratio, un indice d'efficience, d'efficacité, ou de qualité, autour duquel acceptent de travailler les diverses parties en présence. Comment définir, par exemple, un critère synthétique d'efficacité des services de formation continue, d'assistance, de conseil, de soins médicaux, d'assurance, sans rencontrer la tension de multiples grandeurs non convergentes ?

Au terme de cette première étape, il apparaît donc que, dans une large fraction du secteur tertiaire, l'ambiguïté est de règle en matière de représentation de la prestation et de ses résultats, selon les acteurs en présence, selon les grandeurs auxquelles ils se réfèrent, selon l'horizon temporel qu'ils souhaitent privilégier, et que l'approche théorique de ces ambiguïtés conduit à envisager au-delà de l'acte marchand de paiement la transaction dans toute son épaisseur sociale et dans son déroulement chronologique. On préférera le terme

plus riche de relation de service (dont le contenu sera précisé) à celui de transaction, bien que dans la suite on en reste à une approche contractuelle des rapports entre les acteurs de la prestation, qui restent alors des « agents » se livrant à des arbitrages ou à des jeux économiquement rationnels.

i

Les conventions de service.

L'approche contractuelle qui précède reste fondée sur le concept de « coûts ». Ceux-ci sont considérés comme les variables explicatives de comportements économiquement rationnels. Leur domaine d'intervention est, certes, fortement élargi par rapport à l'approche standard des marchés, mais l'existence et le fonctionnement des relations de service restent exclusivement déterminés par des mécanismes incitatifs marchands (ou dont les paramètres sont exprimables en termes monétaires). De plus, si jeu coopératif il y a, tant ses conditions de démarrage que les possibilités de changement des règles du jeu ont fort peu de chances de pouvoir être comprises sur la base de tels modèles, quel qu'en soit l'intérêt.

On considère dans la suite dont le caractère hypothétique est plus prononcé, que les prestations et les relations de service se déroulent, au-delà d'éventuelles formes contractuelles écrites, dans un « climat » constitué d'attentes réciproques largement tacites, de savoirs partagés, et de règles de comportement non contractuelles c'est-à-dire implicites. Il s'agit de « conventions », qui peuvent incidemment faire l'objet de justifications lorsque surviennent désaccords ou différends, mais qui le plus souvent se passent de toute justification parce que leur validité est admise par les protagonistes. Nous utiliserons donc le terme de convention avec le sens que lui donne Erving Goffman, à ceci près que cet auteur ne l'applique qu'à des situations d'interaction directe, alors que l'on envisagera également ici des relations sociales dont les interactions directes ne sont que des moments forts.

a

Conventions de prestation et conventions de fidélité.

On distinguera deux types de conventions de service, associés à des situations et à des enjeux distincts, ainsi qu'à des horizons temporels inégaux :

1°) – Les conventions de prestation de service, correspondant aux attentes réciproques des acteurs à propos du service en acte et des diverses interactions et transactions qui en marquent le déroulement et la conclusion. Elles reposent sur une certaine dose de confiance réciproque et sur des savoirs partagés relatifs d'une part aux

procédures opératoires, d'autre part au respect d'un certain équilibre des rôles et des pouvoirs, au mode de règlement financier de la prestation et plus généralement à l'évaluation des apports respectifs ;

Certaines de ces attentes réciproques relatives à la prestation sont construites avant la prestation elle-même, et sont activées lorsqu'il s'agit notamment, pour le client, de choisir un prestataire, et, pour le prestataire, de chercher des clients. Cette construction peut être analysée en termes de confiance. Elle repose sur des représentations (réputation), des expériences antérieures (personnelles ou rapportées), et des réseaux de relations et d'« intermédiaires » ;

2°) – Les conventions de fidélité, quant à elles, concernent les attentes réciproques en matière de renouvellement et de stabilité de la relation au cours du temps, au-delà de chacune des rencontres possibles. Il s'agit de conventions permettant de comprendre que fonctionnent durablement des « marchés réservés », pour des raisons non réductibles à un calcul économique optimisateur, à moins de livrer au calcul économique des grandeurs telles que la confiance, l'estime, la réputation, le rayonnement, le dévouement, la sympathie ou l'affection. Si l'on poursuit l'analogie avec la relation salariale, elles correspondent aux conventions privilégiant implicitement les « titulaires » d'un marché interne ou, au contraire, organisant la flexibilité quantitative et le turn-over.

Les conventions de prestation concernent le déroulement des interactions qui se produisent à l'occasion du « traitement » du support ou objet du service, de l'évaluation de sa transformation et du prix de celle-ci (mode de tarification compris). Les conventions de fidélité se situent sur le plan de l'évaluation réciproque des prestataires et des clients eux-mêmes, à des fins de poursuite éventuelle de la relation. Elles s'appuient évidemment sur le fonctionnement jugé satisfaisant des conventions de prestation, mais elles font intervenir bien d'autres facteurs de fidélité ou d'infidélité (liens et réseaux personnels, contexte institutionnel, etc.). Inversement, le contenu des conventions de prestation (en termes de conduites à tenir) s'inscrit dans le cadre de conventions de fidélité, lorsque celles-ci existent.

b

Les participants aux conventions de service : Relations A et B.

Le passage par l'étape contractuelle de l'analyse des relations de service a naturellement conduit au schéma abstrait d'un jeu à deux acteurs respectivement baptisés prestataire et client. Il en va de même de l'approche contractuelle de la relation salariale et

de la relation d'assurance.

Un premier avantage de la prise en compte des conventions de service (conventions de prestation et conventions de fidélité) est précisément d'élargir l'horizon social et d'intégrer une priorité jusqu'ici absente : le client entre certes, le plus souvent, en contact direct avec des prestataires, mais ces rencontres s'inscrivent généralement dans le cadre de relations (épisodiques ou durables) qu'il entretient avec une organisation ou d'une institution. Si « jeu » il y a, c'est un jeu triangulaire. On fait pour l'instant abstraction du fait que d'autres participants peuvent influencer ou perturber ce jeu (prescripteurs, autres intermédiaires, institutions de certification, associations de professionnels ou de clients régulateurs divers).

Dans ce triangle, le client ou l'utilisateur du service est, d'une part (relation A), en rapport avec certains agents prestataires qui s'occupent plus particulièrement de lui ou de son « problème ». Cette relation ou « rencontre » peut être personnalisée ou anonyme. Elle peut se dérouler dans des situations de face à face comme elle peut exclure toute rencontre directe. D'autre part, et sur un autre mode (relation B), ce client s'adresse à une institution, dont font partie les agents prestataires « en contact ». Ces derniers jouent un rôle de médiateur entre les clients et l'organisation, ce qui peut être une considérable source de tensions (Voir sur ce point Eiglier, Langeard [1987]), mais les relations clients-organisations peuvent emprunter des canaux directs (offres et relances directes auprès de la clientèle, plaintes et réclamations des usagers, contentieux, etc.).

Il est clair que les conventions de prestation portent principalement sur les relations A et que les conventions de fidélité concernent d'abord les relations B, sans qu'il y ait toutefois recouvrement des champs d'application. Ainsi, la fidélité apparente d'un client à une entreprise de service (convention de fidélité portant sur la relation B) peut tenir en fait à des liens personnels de confiance à l'égard d'un agent prestataire, noués à l'occasion de relations de type A. Il se peut même que, lorsque ce dernier change d'entreprise, il emporte avec lui son « portefeuille » de clients fidèles. Cela n'est pas rare dans les professions de conseil. De même, les conventions de prestation concernent aussi les relations B dans la mesure où les clients ont certaines attentes vis-à-vis de l'organisation à laquelle ils s'adressent, par exemple en matière de qualité et de prix des services, au-delà de leurs attentes relatives à une prestation particulière. C'est même l'un des problèmes majeurs des grands cabinets de conseil que de faire prévaloir en matière de fidélité les relations B sur les relations interpersonnelles de type A, tout en tirant bénéfice de la qualité de ces dernières.

C

Le contenu des conventions de prestation.

Si le premier avantage d'une analyse menée en termes de conventions est d'élargir l'horizon social de la relation au-delà des schémas à deux acteurs, le second (et le plus important) est d'enrichir l'horizon des « grandeurs » et des logiques prises en compte au-delà des incitations monétaires ou quasi marchandes. La question qui se pose ici est donc celle du contenu de ces attentes réciproques et des registres correspondants de justification des actions.

Il est parfaitement illusoire d'espérer répondre à cette question pour l'ensemble des services, fussent-ils limités aux services marchands. Il est possible, par contre, de faire état de grilles de lecture possibles ou encore de « dimensions » présentes, à des degrés divers, dans les conventions de service. On commencera par les conventions de prestation, en s'appuyant sur l'oeuvre de Goffman [1968] et notamment sur sa représentation du service comme « réparation » et de la relation de service comme interaction fonctionnant selon les trois registres du technique, du contractuel, et des « civilités » (Cf, Isaac Joseph [1969]).

Si l'on se contentait de ces trois registres, on pourrait considérer que les conventions de prestation (règles implicites de coordination des comportements) portent sur des attentes réciproques en matière d'informations techniques, d'engagement contractuel, de moyens (Moyens matériels, humains et financiers, délais et prix) eu égard au résultat visé, et de formes civiles ou rituelles. Il s'agirait déjà d'un élargissement non négligeable de l'approche contractuelle ou transactionnelle qui n'envisage que le second de ces trois axes. Pourtant, en se fondant sur un travail collectif récent sur les relations des consultants et de leurs clients (Gadrey et alii [1992] ; cf. notamment la contribution de Peter Tordoir), une quatrième dimension s'impose qui concerne les attentes réciproques en matière de contrôle (ou pilotage) de la situation de prestation, un contrôle qui échappe largement, sur le terrain, à toute formulation contractuelle (qui s'exprimerait alors en termes de responsabilité).

De plus, si l'on examine les exigences de « civilité » dans l'échange à la lumière d'autres recherches sur les services (marchands ou publics), on peut y voir fonctionner dans certains cas non seulement le registre plutôt « domestique » du respect mutuel ou de l'amabilité, mais aussi le registre « civique » du traitement équitable ou conforme à des droits. Le client est « convenablement traité » en tant que personne dans le premier cas, en tant que citoyen ou « ayant droit » dans le second, et il en va de même de la façon dont le client « traite » le prestataire. Ceci conduit à inclure une rubrique supplémentaire dans la grille générale d'analyse du contenu des conventions de prestation, qui se présentent alors comme des règles tacites concernant les comportements réciproques en matière de :

- mise à disposition d'informations techniques concernant l'objet de la prestation, les symptômes et les traitements ;
- référence (éventuelle) à un contrat (plus ou moins explicite) relatif aux apports en moyens, à l'organisation de la prestation (protocoles, procédures, méthodes, etc.) et au prix, en référence à un certain « produit », résultat ou objectif ; il est clair que c'est l'incomplétude des contrats et leur incapacité à régler les problèmes de coordination qui justifient l'importance primordiale des dimensions non contractuelles des conventions, qui deviennent les meilleures garanties et qui fondent la confiance réciproque ;
- formes de politesse et d'égards personnels ;
- équité du traitement ou respect de principes d'intérêt général.

On rappelle que ces conventions de prestations, qui sont à l'oeuvre dans les relations directes (de type A), concernent également les relations (de type B) entre les clients et l'organisation : cette dernière est considérée et se considère comme la garante de comportements convenables (bien que non formalisés dans le détail) de ses « personnels en contact », et elle entreprend d'informer, voire de former ou d'éduquer ses clients ou usagers afin qu'ils se comportent, eux aussi, convenablement. Certains auteurs (Lipsky [1980] repris in : Plan urbain, RATP, DRI [1991]) considèrent à ce propos que l'on peut parler d'un processus de « construction sociale du client » par les employés de base (street level bureaucrats) des bureaucraties de service public.

De façon plus générale, qu'il s'agisse de prestations de services publics ou marchands, on peut dire que les conventions de prestation permettent, lorsqu'elles fonctionnent idéalement, de créer des situations où prestataires et usagers interagissent en ayant rapidement trouvé (par ajustement) une « longueur d'ondes » commune (le « registre »), selon les principales dimensions qui viennent d'être évoquées. Il n'est donc pas étonnant que l'analyse de leur contenu fasse intervenir des savoirs, compétences et capacités cognitives et passe souvent par l'identification d'énoncés et de pratiques langagières. Mais ce fonctionnement idéal est un cas limite : tensions et incompréhensions font partie du quotidien de ces relations, dans la mesure où les interlocuteurs partent le plus souvent d'informations et de cadres cognitifs différents (donc de « longueurs d'onde » distinctes). Le processus d'ajustement peut donc échouer, notamment parce qu'il n'y a pas équivalence a priori des informations et des savoirs mobilisables de part et d'autre (le client doit le plus souvent s'exprimer dans le registre des « savoirs profanes »).

Citons à nouveau, sur ce point, Erving Goffman : « Les renseignements techniques dont le réparateur a besoin pour effectuer son travail avec efficacité proviennent de deux

sources : les déclarations du client, et l'objet lui-même, par l'impression directe qu'il produit. Sacrifiant au vocabulaire médical couramment reçu, nous pouvons donner aux difficultés dont le client fait état le nom de symptômes et celui de signes aux faits que le réparateur relève directement, bien qu'il n'y ait aucune justification sémiologique à l'usage de ces termes. La dignité apparente des relations de service repose en partie sur l'aptitude du client à apporter des renseignements utiles bien que filtrés par le langage et le jugement profanes. Le service-réparation peut alors revêtir certains traits d'une entreprise commune dans laquelle le praticien montre un certain respect pour la manière dont le client, sans l'avoir appris, sait analyser les difficultés ».

d

le contenu des conventions de fidélité (ou d'infidélité).

Les conventions de fidélité en matière de relations de service peuvent concerner la fidélité réciproque d'un client et d'un agent prestataire particulier (relations de type A), ou la fidélité réciproque d'un client et d'une organisation de service (relations de type B). On se limitera au second cas, et on considérera que de telles conventions portent sur les attentes réciproques en matière de :

- réédition espérée dans le futur des comportements et de la mobilisation de compétences ayant assuré la réussite des rencontres de service passées (fidélité par expérience) ;
- référence éventuelle à un contrat de fidélité plus ou moins explicite, introduisant une dimension de sécurité réciproque associée à d'autres avantages ou privilèges (fidélité contractuelle) ; mais, ici encore, il faut considérer que c'est dans l'incomplétude et dans la faiblesse de ces garanties non contractuelles que résident les principales justifications des dimensions non contractuelles des conventions de fidélité ;
- marques d'attention (civilités) et informations techniques produites régulièrement par chacun en direction de l'autre en dehors des « rencontres » directes (fidélité communicationnelle) ;
- référence à des traditions et coutumes et à leur respect mutuel (fidélité rituelle).

Ce qui importe ici est d'admettre que la fidélité de la relation de service est une construction complexe qui ne peut se réduire au jeu des avantages économiques réciproques ou à un investissement dans un capital de confiance au sens marchand du terme.

Paragraphe II

Qualité et qualification des services.

L'étude précédente a centré sa réflexion sur la spécificité de la relation de service. Une des questions importantes qui restent à préciser est de savoir comment, dans les activités de services, peut s'effectuer l'appréhension par le client de la nature et de l'effet de la prestation qui lui est proposée. En effet, la non-matérialisation du résultat de la prestation supprime un des éléments de lisibilité et de transparence du service. Le prix sur le marché est d'un faible secours, il est loin d'être ce que la théorie économique suppose, c'est-à-dire une information parfaite.

De notre point de vue, cette question de la qualité se pose sous deux aspects fortement liés mais néanmoins indépendants : la question d'appréciation de la qualité de la prestation et la question de l'évaluation des effets du service sur le système auquel il s'applique. Nous insisterons ici essentiellement sur l'aspect de l'appréciation de la qualité et nous chercherons à montrer les conditions de mise en place d'un processus explicite de « qualification » qui permet de clarifier quelque peu la relation entre un prestataire de service et sa clientèle, et de fonder par là un véritable marché.

Cette question de la qualité est aujourd'hui un objet de réflexion dans la plupart des entreprises. C'est aussi une question débattue dans la littérature économique. La théorie économique traditionnelle avait souvent laissé de côté cette question, supposant que le prix et le système de prix résolvaient le problème. Par contre, elle semble être aujourd'hui au coeur de nombreuses interrogations, comme en témoigne le développement récent de la théorie des conventions.

Historiquement, la question de la qualité s'est d'abord posée dans l'industrie où elle a de plus considérablement évolué, partant d'une logique de contrôle des standards à une démarche plus générale de qualité totale. La question de l'évaluation de l'effet ou du service s'est d'abord organisée dans les réflexions sur les services publics. Elle est plus neuve dans le domaine des services marchands.

La réflexion part de l'hypothèse que dans le domaine des activités de service se mettent en place des processus explicites de « qualification et d'évaluation » du service, permettant de fonder non seulement la relation individuelle entre un prestataire et un client, mais surtout de fonder le marché et de réduire l'incertitude. Nous tenterons de montrer sur quoi porte ce processus de qualification qui cherche à résoudre des contraintes spécifiques de chaque activité de service et permet d'envisager des dynamiques différentes.

L'hypothèse centrale de cette contribution est que la relation de service sur le marché est en fait un processus social qui ne peut se résumer facilement en un seul aspect, ceci

tenant à la nature du service et aux caractéristiques particulières qui lui sont attachées. L'articulation entre la relation de service et une relation marchande nous paraît devoir nécessiter un processus économique et social qui permette de résoudre les contraintes essentielles qui sont présentes. Ce processus va donc fonctionner comme un processus de simplification de la relation et permettre le passage de la singularité de chaque relation de service à une certaine homogénéisation, condition de fonctionnement d'un véritable marché.

Un certain nombre de travaux de recherche de ces dernières années (Gadrey, Delaunay [1987], J. de Bandt [1988], Barcet, Bonamy, Mayère [1983], Barcet [1987], Mayère [1988], Reboud [1990]) ont cherché à montrer les caractéristiques et certaines spécificités des services et leurs conséquences en matière de dynamique économique. Si on veut retenir une définition générale du service, on peut prendre comme référence la définition donnée par Hill (1977) à condition d'introduire la notion d'information. Dès lors, le service peut être défini comme un acte, portant sur quelque chose, quelqu'un ou une information et réalisé en faveur de quelqu'un. Une telle définition met alors en évidence plusieurs caractéristiques des services :

- le service est un acte visant une transformation d'état. En cela, il s'oppose au bien qui est par nature un résultat, un stock, un état à un moment donné. La conséquence première de ce fait est que dans le service, le mouvement prime et l'absence de stock implique que le processus de production et le processus de consommation ou d'utilisation sont en partie liés et dépendants l'un de l'autre. C'est cette articulation indissociable des deux processus que la notion de servuction (Eiglier, Langeard [1987], Veys [1981], Barcet [1987]) cherche à appréhender ;
 - le service se fait en faveur de quelqu'un. En cela, le service doit d'abord se concevoir comme une délégation. Certes, le bien est toujours fabriqué pour une utilisation et donc pour un consommateur qui devra néanmoins exprimer sur le marché son choix explicite, une fois que le bien aura été créé. Dans le cas du service, ce phénomène de délégation signifie toujours que la demande, que la démarche active du client, est préalable à l'acte de production. En conséquence, le client doit spécifier sa demande. Ces situations se retrouvent aussi dans l'industrie comme l'a rappelé Armand Hatchuel. Une telle situation nous paraît, sur certains aspects, relever effectivement de la logique du service et être soumise au même type de contraintes ;
-

- le service n'a d'intérêt qu'en raison des effets qu'il aura sur l'utilisateur ou l'objet, l'information qui intéresse cet utilisateur. La valeur du service est directement à relier à la notion de valeur d'utilisation (Giarini [1986]). Si le service a de la valeur par ses effets, ceux-ci ne sont jamais parfaitement vérifiables ni même anticipables lors de la demande préalable de service. La demande de service doit toujours anticiper l'effet du service. Or, ceci a à l'évidence des conséquences fortes en matière de qualité. Il n'y a pas possibilité de vérifier l'état du service et donc de contrôler l'adéquation du service réalisé et de l'attente. La vérification ne peut se faire qu'après coup, une fois que l'acte de service est terminé, et la correction ne peut se faire que par un autre acte de service, tout aussi problématique que le premier. On peut donc dire que le service est caractérisé par une incertitude sur son effet et donc sur la nécessité d'anticiper les effets. Par rapport au bien, il y a donc une sorte d'inversion de la problématique. La qualité du service est toujours une qualité espérée, anticipée, et la vérification de cette qualité se fera toujours après coup. Il n'y a pas, comme dans le bien, un objet qui, par sa présence, permet d'objectiver la rencontre de la vision de l'offreur et de celle du client. Dès lors, les processus de qualification devront, en l'absence de l'objet, s'appuyer sur d'autres éléments ;
- le service comme acte unique doit répondre à des attentes spécifiques du client. Or, de ce point de vue, le prestataire de service peut se trouver face à des situations complexes. Sans doute, ce degré de complexité est-il plus ou moins fort selon les situations de service. Toute une partie des services intellectuels a comme caractéristique de devoir élaborer, concevoir une solution. Mais même dans le cas des services de « faire », en dehors d'une situation qui pourrait être qualifiée de simple sous-traitance de capacité, le fait que le service soit effectué en faveur de quelqu'un nécessite que la solution soit élaborée en relation directe à la situation du client. Dans ce sens, la demande préalable et la spécificité concrète de la situation impliquent que la solution soit conçue au coup par coup.

Nous chercherons à montrer comment la question de la qualité va transiter par un processus de qualification qui, selon le cas, met en avant certains aspects de la production des services comme support essentiel du jugement de la qualité. Selon les services, ce processus ne porte pas exactement sur les mêmes éléments ; sur cette base, nous élaborerons une typologie des modes de qualification des services. Cette différenciation des

processus de qualification doit avoir des conséquences sur le fonctionnement même de la concurrence, sur le rôle des normes dans l'économie des services et par là sur les dynamiques économiques elles-mêmes.

A

Qualité, norme : Définition.

La question qui se pose alors est de savoir comment se réalise la relation de marché, sachant que le marché n'est pas seulement une relation monétaire et unique, mais aussi une relation qui doit se reproduire dans le temps et qui implique que certaines règles soient respectées. Nous rappellerons brièvement comment cette question nécessite la réalisation d'un contrat, qui suppose un accord sur la qualité et donc par là une analyse implicite ou explicite du bien, la norme pouvant être un moyen pour permettre d'attester de cette qualité.

Nous n'insisterons pas sur les conditions juridiques de réalisation des contrats de services, bien que ce domaine nécessiterait sans aucun doute des développements importants. Nous rappellerons simplement comment se pose la question de la qualité et comment la norme a été dans le domaine des biens un moyen, historiquement sans doute fondamental de résoudre certaines questions de qualité et par là d'instituer durablement les marchés.

La définition de la qualité est sans doute difficile, d'autant plus que la notion même de qualité a évolué dans le temps. Le jugement de qualité apparaît d'abord comme subjectif, il serait différent selon les références ou les étalons de chaque acteur. La qualité serait du domaine du beau, ou du bien, voire de l'absolu. Toutefois, les approches actuelles de la qualité tentent d'aller au-delà de cette subjectivité. Dès lors, la qualité peut-être définie comme l'adéquation entre un résultat, un objet, et ce qui avait été annoncé, anticipé ou promis. Cette qualité « relative » selon l'expression d'Anne Mayère (1989), est donc d'emblée comprise comme la question d'une relation entre acteurs qui passent explicitement ou implicitement par un contrat. Sera alors de qualité ce qui est en conformité avec le contrat passé, ce qui est conforme aux attentes spécifiées ou négociées, en tout cas anticipées. En conséquence, cette question de la qualité relative ne résout pas la question du « niveau » qui est souhaité par le client et offert par le producteur. Ainsi, pour illustrer le propos, la question de la qualité relative (l'adéquation entre ce qui est réalisé et ce qui a été proposé) se pose aussi bien pour l'hôtel de luxe que pour l'hôtel d'une étoile. Toutefois, dans le domaine du service, la question du niveau de la qualité et celle de l'adéquation ne sont jamais totalement indépendantes. Toute une partie de la négociation préalable, du cahier

des charges dans certaines activités, a justement comme fonction de préciser le niveau de « qualité anticipée ».

Dans le domaine des services, comme sans doute historiquement dans celui des biens, le rôle du producteur est premier pour définir le niveau de qualité proposé. Par exemple, en définissant les caractéristiques de l'hôtel, l'offreur définit, en partie, le niveau de qualité de l'offre qu'il propose. Mais à l'évidence, ceci n'épuise pas la question de la qualité. En raison des spécificités des services, les questions du niveau de qualité et de l'adéquation resteront souvent intimement liées.

Dans le domaine des biens, historiquement, certains problèmes autour de la qualité ont été en partie résolus par la normalisation. La norme est, dans sa définition générale, la détermination d'une référence commune entre plusieurs acteurs économiques. Que ce soit une norme de fait, résultat de coutumes ou d'accords implicites entre acteurs, ou une norme de droit qui s'impose en raison de son utilité, reconnue par la puissance publique, que ce soit une norme interne à une organisation ou à une entreprise, ou encore une norme externe présente sur un marché, la norme est toujours le résultat d'un processus social d'un double point de vue :

- Processus social, dans le sens où elle sert à fixer les caractéristiques dans des relations que les acteurs doivent entretenir entre eux directement ou par l'intermédiaire d'objets. La définition de ces références communes a un intérêt précisément dans la mesure où ces relations doivent être durables et reproductibles dans le temps. Dans ce sens, la norme va de pair avec le développement de relations répétitives dont on fixe le cadre ;

Elle postule explicitement qu'il y a sur le marché tout un ensemble de processus de qualification des produits qui est la condition de fonctionnement du marché. Ce processus de qualification est d'abord un processus social qui économise certains coûts, qui a des effets positifs aussi bien pour les producteurs que pour les acheteurs et qui simplifie la relation sociale pour la circonscrire dans une relation marchande.

De ce bref rappel des approches théoriques, il nous semble nécessaire de dégager deux remarques :

- 1°) La première est en relation directe avec la théorie des conventions et certains développements actuels de la théorie des coûts de transaction (Williamson [1987]). Le marché est une forme à la fois élaborée et simplificatrice des rapports sociaux : forme élaborée dans la mesure où il nécessite la mise en place d'un certain nombre de mécanismes, afin de permettre une simplification de la relation marchande : forme simplifiée, car il
-

polarise l'ensemble des rapports sociaux dans une relation simple de transaction marchande. Pour notre propos, il nous semble nécessaire de souligner que ce processus de simplification signifie toujours que le processus de qualification se résout en fin de compte à être un processus de qualification du produit ou, pour être plus précis, d'un « objet », résultat d'un processus de production, mais indépendant de celui qui le produit comme de celui qui l'utilise. Cet « objet » est donc, dans son existence même, la matérialisation d'un ensemble de rapports sociaux, ou encore, pour reprendre l'expression de Marx, une réification. Ceci n'est pas rabaisser l'objet à quelque chose de vulgaire, car cet objet est un condensé dynamique dont il faut sans doute faire « l'éloge », selon l'expression de Dagognet [1989]. Par ailleurs, ce processus social de qualification du produit n'épuise pas à lui seul l'ensemble des processus sociaux de qualification (Salais, Thévenot [1986]). Mais les autres processus de qualification, notamment le processus de qualification des hommes, ont une place seconde par rapport au processus de qualification du produit ;

- **2°)** La seconde remarque consiste à montrer que ce processus social, dominé par la qualification du produit, est historiquement lié au développement de l'industrie. Or, dans cette forme de développement, l'accent mis sur le bien, comme résultat d'un processus de production, est d'autant plus facile que ce bien est parfaitement défini, homogène, reproductible. Dès lors, il n'est pas étonnant que le processus de qualification se soit polarisé autour de la question de la norme ou du standard. F. Eymard-Duverney a raison de rappeler qu'il existe une convention liée à l'artisanat où la qualité est anticipée par la qualification de l'homme, mais ce processus n'est pas dans le système industriel actuel celui qui domine. Et la convention de marque apparaît comme une forme dérivée, imparfaite, face à la difficulté d'établir une norme.

Si le marché est dominé par la convention de standard, c'est au moins, nous semble-t-il, à partir de deux conditions fondamentales. La première se situe du côté de la définition de ce produit et plus précisément de l'adéquation de ce produit à des « besoins ». L'hypothèse implicite n'est-elle pas que le besoin est « simple », « repérable », « identifiable » et qu'il existe une réponse simple et unique à cette attente ? Dès lors, on peut considérer que la question évoquée plus haut à travers la notion de qualité absolue est, en quelque sorte, évacuée du contrat. S'il n'y a qu'un type de réponse, alors la seule question qui subsiste est bien celle de l'adéquation du produit réalisé à la définition théorique de ce produit.

La seconde condition tient à l'absence de référence au processus d'utilisation. L'hypothèse sous-jacente est alors que le produit ne pose pas de problèmes d'utilisation, ou encore que le produit a une utilisation instantanée. Autrement dit, le produit, sur le marché, ne réussit à être un processus simplifié de relations qu'à la condition d'une double simplification quant aux besoins qu'il doit satisfaire et quant au processus de son utilisation.

L'introduction de cette question du processus d'utilisation dans le cas du bien amène d'ailleurs à se poser la question d'une autre manière, nécessitant la prise en compte, non seulement des attentes des clients, mais surtout des conditions mêmes de l'utilisation. Dans le domaine du service, l'utilisation est immédiatement présente et, surtout, elle est productrice d'effets, d'où l'importance prise dans le domaine des services par l'anticipation des effets et par l'évaluation.

B

Processus de qualification des services.

L'hypothèse centrale de notre démarche est donc de postuler qu'en raison des caractéristiques particulières des services, le processus de qualification ne peut se résoudre en un processus simple de qualification de résultat. Dès lors, les activités de services doivent résoudre ces difficultés en mettant en place d'autres processus de qualification.

Nous appelons processus de qualification l'ensemble des opérations économiques et sociales qui permettent la définition de ce qui sera vendu et la mise en relation des acteurs pour fonder la possibilité d'une relation marchande, en tenant compte des contraintes explicites de cette relation, soit dans la durée, soit dans la réciprocité des engagements, soit dans l'élaboration des solutions, soit dans la localisation de ces solutions.

Il s'agit d'un processus, dans le sens où cet ensemble d'opérations s'inscrit dans la durée. Certes, toute une partie du processus se déroule avant la réalisation effective du service, puisqu'il s'agit d'en définir les caractéristiques. Mais il existe également dans le déroulement du service, il est un des aspects de la coproduction, dans le sens où il y a ajustement entre l'offreur et le client sur le contenu du service. En tant que producteur de qualité, ce processus implique tous les acteurs du service, il a donc sa propre histoire. Mais ce processus n'est pas seulement micro-économique ni seulement singulier à chaque prestation. Participe à ce processus tout un ensemble d'opérations institutionnelles, professionnelles, voire réglementaires, qui participe à la constitution du service.

Les mécanismes de ces processus de qualification sont sans doute relativement nombreux et non exclusifs les uns par rapport aux autres. La mise en place de ces processus a pour rôle de faciliter la relation entre les acteurs, notamment pour connaître les

conditions de rencontre sur le marché, et préciser les engagements réciproques. Mais ces processus ont également pour rôle de définir les conditions de fonctionnement d'une branche d'activité ; par là, ils permettent en quelque sorte de sélectionner les entreprises, voire d'éliminer des entreprises dont les comportements ne respecteraient pas les conditions de qualification. Nous avons montré par ailleurs (Barcet [1987]) que dans le domaine des services, toutes les activités n'étaient pas au même stade d'évolution. Dès lors, ces processus mêmes de qualification ne sont pas au même degré de définition dans tous les services. Dans les services intellectuels, par exemple, ils sont parfois simplement en voie d'émergence.

Dans un modèle relativement simple, nous allons d'abord chercher à montrer comment le processus de qualification peut porter dans les services sur des éléments spécifiques.

L'analyse des services et le rôle attribué au résultat et à la matérialité nous guideront pour construire le modèle simplifié. Nous opposerons deux dimensions : l'une fait référence au degré de tangibilité de la relation, l'autre à l'engagement explicite du producteur. En effet, si considéré du point de vue de son résultat, le service n'est pas matériel, cela ne signifie pas qu'il n'entretienne aucune relation avec la matérialité. Au contraire, la mise à disposition du service exige souvent la présence de supports matériels (Eiglier, Langeard [1987], Gadrey [1988]). On peut donc dire que les services ont des degrés de tangibilité plus ou moins élevés. La seconde dimension s'articule à la question de l'engagement. On distingue traditionnellement un engagement qui porte sur un résultat d'un engagement qui ne porte que sur des moyens. Dans le premier cas, le processus de production s'évanouit derrière le résultat qui peut permettre de porter directement un jugement de qualité, c'est le cas normal pour les biens. Dans le second cas, le résultat n'est pas immédiatement perceptible, il est particulièrement aléatoire ou encore il est dépendant des situations du futur ou du comportement du client.

Le tableau suivant résume les positions :

élevé +	Qualité du résultat (1)	Qualité des moyens Matériels (3)
Degré de Tangibilité Faible -	Qualité des méthodologies (2)	Qualités des Hommes (4)
	Engagement de résultat	Engagement de Moyens

Le schéma laisse donc apparaître quatre modalités génériques de qualification des services.

(1) Le premier cas est d'abord celui qui concerne traditionnellement le bien, et ceci plus spécifiquement dans le cadre de la consommation de masse. Il ne concerne les activités de service que comme « modèle » vers lequel certains services très standardisés pourraient chercher à aller. La réalisation d'un dossier, parfaitement normal, pourrait être l'exemple d'un tel service. Mais il est évident que le dossier n'est que le « signe » d'un service standard, il n'est pas le service lui-même ;

(2) Dans le second cas, le service comprend la mise en oeuvre de méthodologies qui sont relativement bien codifiées et qui ont fait la preuve de leur efficacité pour obtenir un résultat donné. En général, ces méthodologies ont été testées depuis longtemps, et dans certains cas, elles ont obtenu une reconnaissance officielle de la part de la puissance publique, au point de devenir, comme dans le cas de la comptabilité, une norme. Une telle problématique apparaît dans un certain nombre de services qui conduisent à l'obtention d'un résultat précis, à partir de la mise en oeuvre d'une procédure précise. Il y a une reproductibilité relativement forte des actes à accomplir et ceci a pour conséquence de permettre une organisation du travail précise et une certaine division du travail. Cette reproductibilité permet de tester l'efficacité de telle ou telle méthode. En schématisant, on peut dire que le problème à résoudre est relativement bien connu et qu'il se renouvelle avec une certaine régularité, la méthodologie doit donc apporter une solution précise à ce problème ;

La relation avec la clientèle est essentiellement une relation préalable qui consistera à spécifier la demande, mais surtout à fournir les informations de base qui permettront de mettre en oeuvre la technique ;

Sont concernés par une telle problématique les services de comptabilité, de rédaction d'actes juridiques, d'audit, d'études (marché, sondage), d'analyse de postes de travail, mais aussi dans le domaine informatique, la réalisation de certains logiciels ou encore, au moins sous certains aspects, les activités de transport ;

Dans de tels cas, deux éléments vont permettre une vérification a priori de la qualité de la prestation à venir. D'une part, la méthodologie peut être suffisamment précise pour permettre à des étapes données une vérification dans la mise en oeuvre de cette méthodologie. En effet, il est tout à fait possible que l'entreprise de service ait elle-même mis au point une démarche de qualité, consistant précisément à vérifier que la méthode a été suivie. L'existence même de cette possibilité de vérification est une certaine garantie, pour le client, de la qualité du service. Le second moyen de contrôle est la nécessité d'un diplôme

pour exercer cette profession, ou du moins pour être responsable dans la mise en oeuvre de la méthodologie ;

Dans ce type de services, la garantie de résultat n'est jamais totale. Toutefois, l'existence de la méthodologie, la reconnaissance par le marché, laisse présumer du résultat à obtenir. On peut donner l'exemple de la méthode Hay pour l'analyse du travail, ou encore de la méthode du BCG en matière d'analyse de stratégies. Il est clair que de telles méthodes ont acquis une certaine renommée sur le marché et qu'elles sont devenues des références, même si elles ne sont plus utilisées par les entreprises initiatrices. On peut considérer aujourd'hui que, dans le domaine des logiciels, des méthodologies ont été élaborées de manière suffisamment précise et que l'existence d'un support matériel permet d'apparenter fortement le processus de production à un processus matériel, d'où la notion d'atelier de logiciels ;

En résumé, la reproductibilité de la solution permet d'élaborer des méthodes de solution qui déterminent la nature et la qualité du service offert. À chaque méthode correspond un service fourni différent. L'existence de la méthode, la possibilité de vérifier, en cours de réalisation du service, le suivi de la méthode, la connaissance de cette méthode sur le marché, sont trois degrés de plus en plus élevés qui permettent aux clients d'anticiper la qualité du service. Certes, dans toutes les activités économiques, les méthodologies peuvent exister, mais ici, en l'absence d'autres critères, les méthodologies jouent le rôle fondamental pour appréhender la qualité du service et donc le processus de qualification portera principalement sur ces méthodologies. On est bien dans le domaine de la qualité relative, car l'entreprise de service suppose que le problème est correctement identifié. Elle garantit seulement que, dans la mise en oeuvre du service, sera utilisée une méthode qui a fait ses preuves ;

Cette garantie ne peut jamais être totale et ceci pour plusieurs raisons. Il peut y avoir des aléas dans la mise en oeuvre. En particulier, la procédure peut laisser des degrés de liberté aux personnels de production qui eux-mêmes font nécessairement évoluer la méthode. D'où l'importance des procédures internes de contrôle que de nombreuses entreprises, notamment anglo-saxonnes, ont mises en place. La seconde raison tient au fait que les problèmes ne sont jamais identiques, d'où la nécessité de modifier ou d'enrichir la méthode. Enfin, la mise en oeuvre de la méthode donne naissance à un processus d'apprentissage de la méthode de la part du client. D'où la nécessité pour l'entreprise de service de renouveler sa méthode ;

L'existence d'une méthodologie élaborée, transmissible, définissant la place de chacun dans le processus de production et permettant de se positionner sur le marché est, pour ce type d'entreprises de service, une des conditions fondamentales de leur durabilité et de leur identité. Cette méthode est la base de leur reconnaissance par leur clientèle. En effet, la méthodologie définit le service rendu, mais différencie aussi l'entreprise par rapport à ses concurrents ; de plus, le contrôle du suivi de cette méthodologie est un signe important de la qualité du service ;

Les inconvénients de ce processus de qualification peuvent être assez bien identifiés. Il y a en permanence le risque de « figer » l'entreprise dans une méthodologie obsolète, et par là de bloquer le processus d'innovation dans l'entreprise. Le second type de risque tient au contrôle du client sur la méthodologie. En effet pour que cette méthode constitue effectivement un gage pour le client, il est nécessaire qu'elle soit, en partie du moins, transparente. Or, ceci représente toujours un risque d'imitation et d'appropriation. Dès lors, la confiance réciproque devient un élément important, si la relation doit être durable ;

L'existence de cette méthodologie est le premier élément de base du processus de qualification. Mais il est de plus nécessaire que le marché assure la reconnaissance de cette méthode et lui donne un caractère de référence. Les mécanismes sont sans doute nombreux, et il peut y avoir dans cet ensemble des effets fortement sociologiques, liés notamment au jeu des relations personnelles entre les acteurs. Parmi ces mécanismes, il nous faut mentionner le rôle important joué par la publication d'articles ou de livres concernant la méthode, ou encore le rôle joué par l'enseignement de cette méthode, soit en formation de base, soit sous forme de séminaires. Dans une très large mesure, la validité de la méthode est recherchée dans la démonstration de son ancrage dans une démarche de nature scientifique ; c'est ce qui fait l'importance d'une certaine reconnaissance de « nature scientifique » que l'édition ou l'enseignement peuvent apporter. La relation entre certaines méthodologies de services, élaborées aux États-Unis et dans certaines universités américaines, ne sont sans doute pas fortuites. Ceci n'a rien d'étonnant, dans la mesure où la mise au point d'une méthodologie nécessite bien un détour conceptuel important ;

(3) Le troisième quadrant correspond à un processus de qualification où la matérialité a un rôle fondamental. Ce type de service est caractérisé par la mise à disposition d'une clientèle de ce que l'on peut appeler un outil ou des moyens matériels permettant de produire le service. Autrement dit, le rôle de l'entreprise est d'abord de créer, puis de gérer la capacité de service, sachant que le service lui-même sera réalisé à partir de la mise en oeuvre de cette capacité par le client lui-même. Certes, dans cette réalisation concrète, les producteurs du service peuvent également avoir un rôle important. Mais à la limite, la

réalisation concrète du service peut être entièrement du domaine du self-service. Autrement dit, l'offre de service consiste à permettre à un client de résoudre un problème, en mettant à sa disposition tout un ensemble de moyens que le client ne peut pas posséder, ni gérer, et ceci pour plusieurs raisons : son besoin est ponctuel, son besoin est localisé en dehors de son lieu d'implantation normal, le coût de la propriété et de la gestion de ces moyens est très élevé ;

De nombreux exemples de services sont concernés par ce type de problèmes. On peut citer l'hôtellerie, la location de moyens, mais aussi, au moins pour une partie de son activité, “le service bancaire” dans le rôle de circulation et de distribution de la monnaie. Ce type de services nous paraît devoir considérablement se développer, notamment en raison de la croissance des phénomènes de réseaux auxquels chaque personne ou chaque entreprise est conduite à adhérer. On doit d'ailleurs distinguer dans ce domaine au moins deux situations différentes. Dans un cas, l'entreprise ne gère que le réseau lui-même : le problème est alors essentiellement un problème de qualité des moyens techniques utilisés et surtout des questions de compatibilité entre outils et matériels différents. Dans le second cas, l'entreprise gère le contenu des flux qui sont transmis par le réseau : il y a alors des questions de conception et de qualité du contenu même de ce qui est véhiculé ;

Le processus de qualification portera dès lors essentiellement sur les moyens matériels dont dépend la capacité de service. La qualité de ces moyens laisse présager la qualité du service offert. L'exemple de l'hôtellerie est ici particulièrement clair. Dans ce domaine, le processus de qualification peut s'étendre jusqu'à un degré élevé de normalisation. On peut, en effet, définir les caractéristiques techniques des moyens ou de leurs relations. Dans ce cas, la puissance publique peut intervenir et imposer le respect de normes précises. Il y a plusieurs raisons possibles à l'intervention publique : des raisons de protection du client, notamment en matière de sécurité ou de santé (exemple de la restauration ou de l'hôtellerie), des raisons de concurrence sur le marché afin de faciliter les compatibilités ;

La présence de matérialité devient donc dans ce type de services le garant de la qualité du service. Mais là non plus cette garantie n'est pas totale. Deux contraintes en résultent. La première est que la qualité doit se gérer et cela essentiellement grâce à la maintenance, de manière à ce que la capacité de service soit en permanence en état de fonctionnement. La seconde contrainte repose sur la nécessaire éducation du client. En effet, le jugement de qualité du client ne portera pas sur la qualité des moyens mais bien sur le service qu'il cherche à obtenir ; autrement dit son jugement portera sur la relation qu'il a avec les moyens. En conséquence, le jugement de qualité sera dépendant de la mise en oeuvre. Une des solutions élaborées par les entreprises de services est la simplification de

l'utilisation des outils mis à la disposition du client ;

Dans de nombreux cas, le service nécessitera plusieurs moyens et devra donc être conçu comme un système où chaque élément a de l'importance, ainsi que les relations entre éléments. Plus le système de service devient complexe, plus la qualité du service sera déterminée par le jeu des relations des moyens et par les relations entre ces moyens et les acteurs du système ;

Dans ce type de service, il est alors tout à fait possible de voir des organismes professionnels homologuer les outils et les moyens, comme gage de la qualité probable du service ;

(4) Le dernier cas concerne les services dont le contenu et la méthodologie sont beaucoup moins précis. Dans ce type de situation, le problème à résoudre est mal connu. En conséquence, le service débute par une phase de diagnostic et d'analyses qui doit repérer les questions essentielles à résoudre. Ensuite, il s'agit d'élaborer une solution qui tienne compte non seulement de la situation concrète mais également de l'avis et des comportements des acteurs qui devront mettre en oeuvre cette solution. Enfin, le service se termine souvent par le suivi de la mise en oeuvre des recommandations, ou du moins par une vérification de la faisabilité de la solution ; cette phase nécessite souvent un retour modifiant la solution envisagée.

En effet, la difficulté du problème, l'absence de solution préconçue, les aléas de la situation concrète ou encore la complexité des variables et des données à prendre en compte, ont pour conséquence qu'il existe toujours des variantes possibles de solution, des choix à effectuer, des contraintes plus ou moins fortes à respecter. Dans ce sens, il n'y a pas une solution unique et optimale : différents chemins sont possibles, le choix définitif ne résulte pas nécessairement d'une approche totalement rationnelle et, surtout, le choix ne s'impose pas et n'est pas unique ou unidimensionnel. On est dans le domaine des compromis, et l'on est surtout soumis à l'exigence de prendre en compte l'entreprise et ses acteurs dans toutes leurs dimensions et toute leur réalité.

Dans une telle situation, le service offert est toujours une combinatoire d'expertise, mais aussi d'accompagnement, de confrontation d'idées ou d'opinions, de dialogues, pour élaborer une solution en commun. C'est dans cette situation que la relation de servuction est la plus forte, et que l'interaction et la coproduction sont déterminantes. Le risque est grand aussi bien pour le producteur, face au problème de la maîtrise de son temps, que pour le client, face à l'incertitude de la solution qui lui sera proposée.

Le processus de qualification du service ne peut être basé sur des éléments objectifs indépendants de la relation de service. Dès lors, ce processus va s'appuyer essentiellement sur deux mécanismes complémentaires. Le premier est la question de la qualité du producteur du service. Cette notion de qualité de l'homme qui intervient alors, est plus large que la simple question de sa qualification. En effet, la question ne doit pas seulement être comprise d'un point de vue technique de maîtrise d'un métier. Elle concerne aussi et surtout la capacité de l'homme à gérer la relation de service dans toutes ses dimensions. C'est donc aussi une capacité à gérer la complexité des relations humaines, et à servir d'interface entre des points de vue et des acteurs différents. La qualité du producteur est, pourrait-on dire, la combinaison d'une compétence et d'une capacité de communication.

Cette « qualité » ne se repère pas par un diplôme, elle est essentiellement le résultat d'une expérience, acquise dans l'exercice de situations similaires. S'il y a bien un domaine de compétence, basé sur des savoirs, l'essentiel ici repose sur la capacité à mettre en oeuvre ces savoirs à partir des situations concrètes. Cette expérience elle-même ne se connaît que par relation et réputation. C'est donc parce qu'il y a eu une expérimentation commune que la « qualité » du producteur pourra devenir garantie du service anticipé.

Le second mécanisme consiste à apporter au moment de la négociation du service un certain nombre de références, permettant ainsi de prouver la qualité des services passés. La qualité de la référence lie étroitement la qualité du producteur et la qualité du client. Les entreprises de service cherchent donc à avoir en référence des entreprises de prestige, qui ont une bonne position sur le marché et de bons résultats financiers. Cette référence sera d'autant plus efficace qu'elle sera précise et que le problème résolu apparaît dans le domaine de compétence de l'entreprise cliente.

La difficulté d'un tel processus de qualification tient à ce qu'il tend d'abord à porter sur l'individu et non sur l'entreprise, alors que l'enjeu est bien une reconnaissance par le marché de la qualité des services de l'entreprise. Les références sont donc le passage nécessaire de la qualité de l'individu à la qualité du service offert.

Les services concernés par une telle problématique sont les services intellectuels de diagnostic, de conseil, d'une manière générale de conception et de recherche.

Ce type de services ne peut, au sens précis du terme, être normalisé. La complexité et l'incertitude du résultat sont beaucoup trop importantes pour que l'aspect reproductibilité de la norme puisse fonctionner. La dimension qui, par contre, peut faire l'objet d'une certification, est l'engagement de la part du producteur de respecter ce que l'on peut appeler une charte de déontologie. Il s'agit en fait de préciser un certain nombre de procédures qui portent, non sur le contenu du service, mais sur son déroulement. Le but de cette charte est

de préciser le « phasage » du déroulement du service, d'anticiper des moments de rencontre privilégiés entre le client et le producteur, permettant de vérifier si le contenu de la prestation évolue dans le sens souhaité. Une telle charte peut également préciser certains éléments relatifs aux objectifs qui serviront de critères dans la facturation du service. La précision de cette charte, la négociation préalable de certains aspects de cet engagement, permettent d'élaborer un cahier des charges qui donne au client un certain nombre de moyens de contrôle, non sur le service qu'il obtiendra effectivement, mais sur le déroulement et le coût probable de ce service. Certaines professions peuvent élaborer une telle charte, notamment en relation avec certaines définitions internationales, et des organismes professionnels peuvent dès lors attester que telle entreprise s'est engagée à respecter cette charte.

Les cas que nous avons présentés forment à l'évidence un modèle relativement simple, qui néanmoins permet, nous semble-t-il, de classer tous les services. Sa simplicité vient tout d'abord du fait que, dans tout service, il y a toujours une phase de conception, des moyens utilisés et des méthodes de production. Mais la question de la qualité du service s'organise essentiellement autour de l'adéquation à la clientèle et de la capacité du client de juger par avance et sur des éléments relativement objectifs de la qualité probable du service qui sera rendu. En conséquence, le processus social de qualification se polarise sur l'aspect qui caractérise le mieux tel service. Ce processus de qualification ne peut jamais, dans le cas des services, être totalement occulté puisque, dans le service, il y a toujours peu ou prou une relation sociale qui se noue.

Le tableau suivant rassemble certaines des caractéristiques des quatre grands types de services que nous avons envisagés sous l'angle de leurs processus de qualification.

C

Dynamique des services et qualification.

La qualification du service relève donc de processus plus ou moins complexes. Dès lors, il est intéressant de repérer les contraintes qui tendront à faire déplacer la position des services dans ce modèle, et donc d'en avoir en quelque sorte une lecture plus dynamique du modèle. Plusieurs phénomènes différents nous semblent avoir une incidence forte dans ces évolutions.

Le premier correspond à la nécessité dans l'entreprise de service de mieux contrôler la totalité du processus de production, notamment en raison de la dérive des coûts, et afin de bénéficier de certains phénomènes d'économies d'échelle. Cette tendance suppose un renforcement du rôle des méthodes de production du service, une définition plus précise des

tâches et des places de chacun, et la recherche d'opérations en partie reproductibles. Ceci induit une tendance à une formalisation beaucoup plus élaborée du service. Cette formalisation présente un double avantage : un contrôle plus précis des coûts de fonctionnement de l'entreprise, une différenciation du service selon le type de clientèle et selon ses exigences. Une modification de méthode renvoie toujours à un contenu de service différent.

Caractéristiques des principaux modes de qualification.

<p><u>SERVICES STANDARDISÉS</u></p>	<p><u>SERVICES DE MISE A DISPOSITION D'UNE CAPACITE</u></p>
<ul style="list-style-type: none"> - Recherche d'économies d'échelle - Résultat totalement anticipé - Division du travail forte - Qualification du service grâce à la méthode et à la rationalisation. - Possibilité d'une norme sur la procédure - Service de masse 	<ul style="list-style-type: none"> - Investissement préalable - Résultat probable - Mise en mouvement du service par le client - Qualification du service par la « qualité » des moyens et par la maintenance - Possibilité d'une norme sur les moyens - industrie de capacité et de flux.
<p><u>SERVICES DIFFERENCIÉS</u></p>	<p><u>SERVICES DE CONSEIL OU DE CONCEPTION</u></p>
<ul style="list-style-type: none"> - Différenciation des méthodes selon les clients - Problème de maîtrise du processus et du temps de la prestation - Problème de la transparence de la méthode - Qualification du service par les méthodes - Possibilité d'un label sur certaines méthodes et possibilité d'une reconnaissance scientifique 	<ul style="list-style-type: none"> - Problèmes non connus, solution à élaborer - Problème de maîtrise de la relation - Problème de la mobilisation des hommes - Qualification du service par la compétence et les références - Possibilité d'une certification sur la procédure du service et non sur son contenu

Cette tendance est repérable dans des services qui étaient dominés par le processus de qualification des moyens, comme par exemple dans la restauration ou l'hôtellerie. Mais elle concerne aussi les services de conseil ou de conception. Dans ce cas, le développement des systèmes experts est un des vecteurs de cette rationalisation. Dans certains types de service, notamment à base de « faire » et plus spécifiquement dans ceux qui s'adressent aux ménages, une définition très précise de la méthode, combinée à la création d'outils techniques spécialisés, peut conduire à de véritables processus d'industrialisation : le phénomène d'économies d'échelle joue dans toute son ampleur. Dès lors le résultat du service n'est certes pas matérialisé dans un « objet » transmissible, mais le résultat peut être quasi totalement anticipé et il peut être vérifié dans sa conformité à cette anticipation. Il y a alors, nous semble-t-il un processus de qualification de services standardisés qui tend à s'apparenter au processus concernant les biens standardisés. L'entreprise de service par la maîtrise de son processus s'avère alors tout à fait capable de

maîtriser ce que nous avons appelé plus haut la qualité relative du service.

Mais il existe dans l'économie actuelle une autre tendance qui va, en quelque sorte, à l'encontre de la tendance précédente. C'est une tendance qui sans doute provient du marché pour une part : il s'agit de la recherche d'individualisation, de singularité, d'adaptation fine de l'offre à des demandes spécifiques. Les biens comme les services sont concernés par cette tendance qui, plus fondamentalement, est liée à la complexité croissante du système économique. Cette complexité est le résultat du fonctionnement même du système économique ; elle prend plusieurs dimensions, que nous ne ferons qu'évoquer. Elle tient tout d'abord à une démultiplication des relations entre les différents acteurs et les différentes opérations. La complexité du système évolue comme la quantité et la qualité des relations. Une autre dimension tient à l'enrichissement des relations qui ne peuvent se satisfaire pour leur efficacité même de la simplification requise dans la relation marchande. Autrement dit, l'efficacité de la prise de décision rend nécessaire la prise en compte d'un ensemble de données de nature diverse que la relation marchande traditionnelle supposait constante ou négligeable. Il y a de ce point de vue une « nécessaire remontée » dans le système économique de dimensions partiellement, voire totalement, occultées dans le passé. Autrement dit, c'est en quelque sorte la densité de l'homme qui, certes timidement, fait entendre sa voix. Les services sont au premier chef concernés par ces phénomènes. Dans ce sens, les services ou du moins certains d'entre eux ont à faire face à des situations de plus en plus complexes et les solutions sont de moins en moins préconçues mais de plus en plus négociées et élaborées dans une interaction. Dans ce sens-là, les services sont conduits à développer la phase de diagnostic, la phase d'analyse et d'élaboration d'une solution chaque fois différente.

Une telle tendance signifie alors que les processus traditionnels de qualification perdent de l'importance, que l'incertitude sur le service anticipé s'accroît, et que la solution passe à la fois par la qualité de la relation entre producteur et client et par la capacité du producteur à gérer cette relation. Dans ce sens, les services de « faire » peuvent se rapprocher des services de conception ou de conseil. Les exemples sont nombreux, que l'on prenne le cas de la banque ou de l'assurance, qui, au-delà et en raison du développement du processus de standardisation, sont amenées à affiner la relation avec la clientèle et à spécifier le service à chaque client, ou le cas du transport de marchandises dont la fonction logistique d'intégration devient fondamentale, ou encore de l'audit qui ne peut simplement attester de la rigueur de la comptabilité, ou enfin des services juridiques qui ne peuvent aujourd'hui se contenter de rédiger des actes conformes aux lois mais qui, dans une très large mesure, utilisent le droit pour trouver une solution originale et adéquate aux problèmes

posés. L'ensemble de cette tendance signifie également que chaque service aura à mobiliser des informations de plus en plus précises afin de concevoir une solution chaque fois originale, même si des éléments de cette solution sont reproductibles.

Cette évolution d'ensemble transforme la dynamique relative des différents types de service. En particulier, les services pour lesquels l'engagement ne portait que sur des compétences ou des moyens sont amenés à développer leur étendue. Si cet engagement ne peut, en raison de la nature du service, aller jusqu'à un engagement précis en matière de résultat, le producteur est néanmoins conduit à accompagner le client beaucoup plus loin, notamment à travers la mise en oeuvre des recommandations. La question qui se pose financièrement, et qui est l'objet de débats, est bien entendu de savoir jusqu'où l'engagement du producteur de service peut aller compte tenu de ses propres contraintes économiques. Dès lors, l'évolution du marché et plus particulièrement de l'exigence des clients, l'importance des effets du service, dans la mesure où certains d'entre eux doivent être considérés comme de véritables investissements, induisent une tendance très forte vers un engagement beaucoup plus précis en terme de résultat, (vers un quasi-résultat), tout du moins dans une exigence d'opérationnalité. Ceci signifie en quelque sorte une montée vers un autre niveau de qualité, mais cette tendance a à l'évidence des implications fortes en matière de définition et de gestion du processus de production du service.

Trois axes essentiels conduisent donc à des mutations fortes dans la dynamique des services et supposent implicitement une articulation, sans doute difficile, mais néanmoins nécessaire :

- l'axe de la standardisation ;
- l'axe de la gestion de la complexité et de l'unicité
- et l'axe d'engagement de « quasi-résultat ».

En guise de conclusion, notons que le fondement d'un véritable marché des services n'est pas seulement un acte simple où se mettent en relation un offreur et un demandeur. Si cette simplicité apparente existe, c'est qu'il y a de manière plus fondamentale des processus explicites qui permettent de clarifier la relation de service, de préciser l'engagement et le rôle de chacun et de spécifier la nature et la qualité des services offerts. Nous avons cherché à montrer que ce fondement s'effectuait par des processus explicites de qualification qui tendent à se différencier selon les différents services. Ces processus s'inscrivent dans la durée, ils sont constamment renouvelés, mais ils permettent d'établir les marchés sur de longues périodes et par là permettent aux acteurs de prendre leur décision et d'apprécier les propositions. Ils ont donc un rôle fondamental dans la constitution d'une véritable économie des services et du service.

Ces processus de qualification ne sont qu'un moment, certes fondamental, de la relation de service, ils doivent se comprendre dans leur relation avec l'émergence et le développement actuel de processus d'évaluation. La relation de service ne s'achève pas à la remise théorique d'un élément qui matérialise la fin de la prestation ou qui apparaît comme le résultat immédiat du service, selon l'expression de J. Gadrey.

Il est en effet souvent nécessaire de porter un jugement sur l'effet du service, ce qui est en fin de compte le seul résultat qui intéresse le client. Ce processus d'évaluation peut n'avoir d'intérêt que pour le client ou l'utilisateur, c'est alors un processus individuel, en partie subjectif. Mais dans les biens comme dans les services, les offreurs sont également intéressés par cette évaluation, ne serait-ce que pour ajuster leur offre à la demande des clients. Dans un certain nombre de services, cette évaluation devient un processus explicite et un élément qui tend à intégrer la relation normale de service.

Il est sans doute nécessaire de distinguer plusieurs types de service. Certains ont des effets immédiats, s'inscrivant dans une temporalité courte vérifiable rapidement. Ce sont tout d'abord des services dont l'engagement de résultat est immédiat (par exemple le transport d'une marchandise, la réparation d'un objet ou d'un outil). Certains ont des effets qui s'inscrivent dans la durée, qui impliquent la mise en place d'actes spécifiques qui ne sont pas directement du ressort du prestataire de service, mais qui dépendent des décisions, des actions ou des comportements du client (le « conseil » ou la formation par exemple).

De plus, la nature des effets n'est pas toujours totalement identifiable, ni mesurable. Dès lors, la question de l'évaluation devient une procédure plus complexe, de nature sociale et relationnelle, impliquant l'utilisation de méthodes multicritères.

La combinatoire des deux aspects évoqués, la durabilité des effets et la difficulté de l'évaluation, impliquent la mise en place de processus explicites d'évaluation. On a pu historiquement voir ce type de processus fonctionner dans le domaine des services publics, dans la mesure où le marché n'est pas directement présent. Mais ils sont aussi directement à l'oeuvre ou du moins sont une tendance dans certains services marchands, notamment les services marchands à fort contenu intellectuel (formation, conseil, recherche, étude).

Cette évaluation ne porte pas seulement sur la manière dont la prestation de service s'est déroulée et sur l'adéquation entre les objectifs qui avaient été prédéfinis et les résultats obtenus. Elle porte sur l'accompagnement des préconisations et sur l'analyse explicite des besoins.

Paragraphe III

La demande de services bancaires.

Une fois cette notion de services précisée, il devient nécessaire d'effectuer un constat du marché et donc de définir les caractéristiques principales de la demande formulée par les clients bancaires (530).

Face à l'évolution du consommateur et aux enjeux du 21^e siècle, les banques doivent dépasser le marketing d'offre et engager une formation intense intégrant les techniques marketing de la demande (531).

A

L'hétérogénéité de la demande.

La demande de services bancaires émane de clients très différents les uns des autres. Sont clients d'une banque un simple particulier mais aussi une entreprise multinationale, une collectivité territoriale ou une caisse de retraite. Les besoins de ces clients sont à l'évidence également différents. L'établissement de relations personnalisées avec chaque client doit tenir compte de cette hétérogénéité et « la segmentation de clientèle » revêt en marketing bancaire une place fondamentale.

B

L'atomicité de la demande.

Dans l'exercice du métier de banque, le banquier est confronté à une clientèle dispersée n'ayant pas un pouvoir de marchandage effectif vis-à-vis de sa banque. Par contre, dans les autres métiers, il est fréquent que les clients exercent une forte pression concurrentielle, notamment en matière de tarification.

C

La stabilité de la demande.

Elle trouve sa principale explication dans l'avantage réciproque que banquiers et clients ont à entretenir des relations de long terme. Pour tous les produits de type crédit, l'établissement d'une relation stable entre les emprunteurs et leurs banquiers permet aux banquiers d'accumuler au fil de la relation des informations sur la solvabilité des emprunteurs : ont-ils toujours respecté leurs engagements ? Quelles compétences

(530) – De Coussergues, Gestion de la Banque, Ed. Dunod, 1996, p. 206 et s.

(531) – Marc Allard, Former au Marketing de la demande, Banque Stratégie, n° 151, Juillet-Août, 1998, p. 10.

particulières détiennent-ils qui assurent le succès des projets d'investissements ? De leur côté, les emprunteurs bénéficient de la relation de long terme lorsqu'en cas de difficulté le banquier accepte de venir en aide à son client en raison de la confiance accumulée entre les deux parties. Pour les produits de type dépôts, les avantages de la relation de long terme se retrouvent. Connaissant les habitudes de paiement ou d'épargne de ses déposants, la banque peut proposer les produits les mieux adaptés et traiter de façon personnalisée les anomalies (insuffisance de provision, par exemple) dans le fonctionnement des comptes.

La stabilité de la demande est renforcée par d'autres facteurs comme la multiplicité de l'offre de produits qui incite le client, pour des raisons de commodité (one stop shopping), à n'avoir qu'un banquier ou encore, plus simplement, en observant qu'un emprunteur est client de sa banque tant qu'il ne l'a pas remboursée, ce qui justifie ce constat basique : les meilleurs clients d'une banque sont ses propres clients.

D

L'irrationalité de la demande.

Presque tous les produits bancaires se rapportent à « l'argent » et le comportement des agents économiques est souvent irrationnel dans ce domaine. Le désir d'épargne ou le désir d'emprunt répond à des préoccupations complexes, pas toujours explicites de façon claire dans l'esprit du client. Les enquêtes de motivation mettent souvent en évidence un décalage entre l'analyse rationnelle des besoins et motivations et l'irrationalité des comportements monétaires et financiers.

Paragraphe IV

Le comportement du client bancaire.

Le but du marketing est de répondre aux besoins et aux désirs des consommateurs de façon plus pertinente que les concurrents. Analyser le comportement du consommateur consiste à étudier comment les individus, les groupes et les organisations choisissent, achètent, utilisent et abandonnent les biens, les services, les idées et les expériences afin de satisfaire leurs besoins et leur désirs. Une telle démarche permet ensuite de déterminer de quelle façon améliorer les produits et en lancer de nouveaux, fixer ses prix, imaginer de nouveaux circuits, élaborer des messages et développer d'autres opérations marketing (532).

(532) – Kotler, Keller, Dubois, Manceau, Marketing – Management, opcit, p. 207.

Donc, la banque cherche à prendre réellement en considération les goûts et les besoins des consommateurs financiers, particuliers ou entreprises, et leur accorde de plus en plus fréquemment la priorité sur les désirs des techniciens de la banque. Cependant, subsistent encore fréquemment des traces de maladresse, dans cette nouvelle démarche marketing qui s'appuie sur un double effort :

- D'une part, un progrès dans la connaissance des attentes du marché ;
- Et, d'autre part, une modification voire une inversion de la relation banquier – client, c'est-à-dire la reconnaissance d'un véritable rôle moteur aux flux de demande qui émanent du marché.

L'une des particularités de l'activité bancaire est la structure double de son marché si l'on distingue : « le marché amont » des prêteurs, des déposants, véritables « fournisseurs de matière première » ; et « le marché aval », celui des emprunteurs, c'est-à-dire des consommateurs de produits fabriqués par le processus de transformation bancaire.

Ces deux types de client du marché bancaire consomment des produits clairement distincts mais inscrivent leur comportement dans un même processus de décision et sont influencés par des facteurs similaires déterminant leurs choix.

A

La phase d'achat.

Le client choisit son fournisseur de produits financiers. Pour être choisie, la banque devra connaître les critères d'achat des consommateurs. Mais cette révolution marketing ne sera rentable que si l'excellence opérationnelle est atteinte dans les processus commerciaux (533).

En premier lieu, le client bancaire va structurer sa phase de préparation à l'achat en trois processus distincts : la reconnaissance d'un état de manque va déclencher une recherche d'information, qui aboutira à une comparaison des prestations proposées en vue de l'achat (534).

a

La reconnaissance d'un état de manque.

Le client bancaire s'engagera dans une action pour satisfaire un besoin. Pour déclencher le processus d'achat, ce besoin à satisfaire devra devenir la priorité du client

(533) – Buruga et Kahn, Le Marketing au cœur de la banque, Banque Magazine n° 610, Janvier 2000, p. 56.

(534) – Jean Berrier, Banque Stratégie, n° 143, Novembre 1998, p. 8.

bancaire. Ce besoin n'est pas forcément programmé, il peut apparaître spontanément, par exemple lorsque la naissance d'un enfant implique un impératif d'achats supplémentaires. Mais il peut être aussi le fruit d'une longue réflexion préalable de la part du client, qui décide à un moment de réaliser ce besoin.

b

La recherche d'information.

1 – L'information est indispensable, elle permet au client d'avoir une idée plus ou moins claire des services que la banque peut lui proposer pour satisfaire ses attentes.

La perception de l'information diffère d'un individu à un autre, et elle peut provenir de canaux officiels (dépliants proposés, communications personnelles envoyées directement chez le client, publicité....) ou non (rumeur, bouche à oreille...).

Même pour les banques, les systèmes d'information sont au secours de leur relation avec la clientèle.

2 – En effet, la modernité a imposé d'être à la fois réactif, précis et rapide. Face à cela, les systèmes d'information s'imposent en intermédiaires pour initier une nouvelle personnalisation des relations (535).

3 – Les systèmes d'information permettent, aujourd'hui, de concilier personnalisation de l'offre et rapidité de livraison.

4 – La personnalisation est le seul vrai facteur de fidélisation.

5 – Les systèmes d'information (S.I) interviennent pour combler et gérer la perte de la relation directe. Et c'est à cette occasion que l'on a vu apparaître de nouveaux barbarismes : data warehouse, data mining, continuous customer management, customer relationship management (C.R.M).

Les nouveaux produits ne posent-ils pas des problèmes ?

La banque doit se montrer très vigilante sur leur mise en œuvre. Si elle donne, par exemple, à tous les porteurs d'une carte bancaire la possibilité de retirer de l'argent dans un distributeur automatique de billets, c'est qu'elle y trouve un avantage. Certes, elle leur rend service, mais elle prend une certaine responsabilité. C'est ce qui a conduit à l'élaboration d'un guide destiné à l'utilisateur d'une carte et qui insiste sur la nécessité, pour lui, de faire preuve de vigilance. Dans les cas d'escroquerie, qui constituent la quasi-totalité des problèmes, le client grugé, faute de pouvoir se retourner contre les escrocs, peut tenter d'invoquer une sorte de responsabilité morale de la banque. Cet argument est difficilement recevable.

Le problème devient encore plus aigu avec les produits sophistiqués actuels. Il est indispensable d'informer le client de la manière la plus claire et la plus complète, mais aussi de bien définir la responsabilité de chacun. La doctrine s'est toujours élevée contre la notion de client irresponsable et assisté. Il ne faut surtout pas s'orienter dans ce sens.

1

La recherche interne.

C'est elle qui est d'abord activée, juste après la reconnaissance du besoin. Cette recherche porte en fait sur la mémoire à long terme dans laquelle le consommateur tend à répertorier toutes les informations pertinentes pour le sujet traité. Cette recherche de connaissances dépend des qualités de l'individu. Pour un premier achat, le manque d'expérience limite la possession de connaissances précises. Pour les achats fréquents, la pertinence des informations détenues dépend de la fréquence d'achat, donc de l'intervalle entre les achats. De même, « la satisfaction » procurée par les achats antérieurs peut influencer la confiance dans les connaissances déjà acquises.

2

La recherche externe.

Quand la recherche interne ne donne pas satisfaction au consommateur, celui-ci s'engage dans une recherche externe qui est alors appelée recherche préalable à l'achat. Mais ce n'est pas la seule forme de recherche externe, car il existe aussi la recherche permanente dans laquelle l'acquisition d'information est opérée régulièrement sans être dictée par un besoin d'achat, à l'instar des amateurs d'automobiles qui consultent et achètent régulièrement des revues spécialisées.

La première motivation de la recherche préalable à l'achat est le désir d'effectuer les meilleurs choix de consommation. De même, la recherche permanente vise à développer une connaissance de base qui pourra être utilisée pour une éventuelle décision future. Mais la motivation essentielle de la recherche permanente est le plaisir tiré de l'information : cela joue pour l'automobile, les vêtements, les ordinateurs, etc....

La recherche externe est souvent très limitée. En fait, elle dépend largement du processus de décision mis en œuvre. Pour les achats complexes, la recherche est importante : elle porte sur un grand nombre d'attributs du produit, utilise de nombreuses sources externes d'informations et mobilise beaucoup de temps. A l'inverse, pour les problèmes plus simples, la recherche porte sur un petit nombre de marques, d'enseignes,

d'attributs et de sources d'information externes ; elle consomme donc peu de temps. Pour les décisions habituelles, la recherche externe est quasi inexistante.

- Globalement il apparaît que la recherche externe est variable et conditionnée par :
- La personnalité du consommateur ;
- La nature du produit : selon le montant d'achat et la fréquence d'achat ;
- Le coût de l'information et l'avantage procuré : mesurés par le temps disponible et les différences perçues entre les offres ;
- Le risque encouru si une erreur est commise : par exemple, le risque financier, notamment, qui est lié à la nature de l'achat, à son caractère durable ou non.

L'information semble jouer un rôle important à tous les stades du processus d'achat dans le cas des services bancaires (Cf. Tableau 1).

Tableau 1
L'information aux différents stades du processus
d'achat du consommateur bancaire (536).

Phase	Information souhaitée	Moyens d'information
Reconnaissance du besoin	Information comparative, démonstrative, mise en alerte	Promotion, publicité, bouche à oreille, marketing direct
Recherche d'informations	Information adaptée, détaillée, pertinente	Publicité, promotion, dépliants, communication personnelle
Evaluation des solutions	Information comparative	Publicité, bouche à oreille, marketing direct
Décision d'achat	Information contractuelle	Communication personnelle
Evaluation postachat	Information continue	Publicité dans les médias de masse

Source : Meidan (1996), p. 31.

c

La comparaison des prestations offertes.

Une fois les offres comparées, le client choisira la banque et le produit bancaire qui, pense-t-il lui correspondent le mieux. C'est à ce niveau que les banques vont s'apercevoir si leur politique de fidélisation fonctionne ou non, puisque si leur offre n'est pas la plus

performante et que le client reste néanmoins, cela signifie qu'il est du moins, en partie, captif (537).

B

L'attitude décisionnelle.

a

Les facteurs comportementaux.

Le comportement du client est influencé par plusieurs facteurs : ses propres critères (ressources déjà disponibles, intensité du besoin) et son environnement direct (culture, classe sociale).

Quatre principaux mécanismes psychologiques affectent le comportement du consommateur : les motivations, les perceptions, l'apprentissage et la mémoire.

Le niveau de ressources du client bancaire est évidemment un élément primordial du comportement d'achat, en ce sens que des individus aisés rechercheront à développer leur patrimoine, tandis que les individus moins riches privilégieront leur attitude consommatrice.

Le besoin exprimé du client selon qu'il soit pressé ou non nécessitera différents moyens de financement. Par exemple, soit il attendra le montage de son dossier de prêt par la banque, soit il fera appel à un organisme de crédit à la consommation, où l'acceptation ou non du crédit arrivera plus rapidement.

Quant à la culture du client, elle peut indiquer différentes préférences, comme par exemple, l'utilisation du chèque en France et en Algérie au détriment du virement. Enfin, la classe sociale de l'individu détermine en grande partie son comportement par un effet de mimétisme certain vis-à-vis de sa « communauté ». D'autres critères socio-démographiques influencent le comportement bancaire, comme l'âge ou le cycle de vie familiale (célibataire, marié avec ou sans enfant). En effet, les attentes ne sont pas les mêmes : un jeune couple sera plus intéressé par des placements pour se construire un patrimoine, alors qu'une personne plus âgée préférera se constituer un capital retraite.

Comme d'une manière générale, les achats en matière de produits bancaires ne laissent pas le client indifférent et que celui-ci a tendance à longuement mûrir sa réflexion, la multibancairisation est devenue un phénomène courant. Le client recherche beaucoup d'informations, en particulier parce que les produits bancaires sont assez uniformes. Il met les banques en situation de concurrence permanente car aucune n'a réussi à le rendre captif totalement, et il choisit donc plusieurs banques qui répondent globalement à ses attentes.

b**Les catégories de clients**

D'un point de vue de classification, les clients bancaires peuvent être distingués suivant leur attitude décisionnelle en une quantité de catégories. Pourtant, pour la clarté de l'énoncé, deux seules grandes catégories suffisent à manifester la problématique du banquier.

Certains clients bancaires sont nomades : la satisfaction qu'ils ont pu ressentir précédemment ne les empêchent pas d'être infidèles. La banque ne peut pas se permettre d'avoir une attitude passive, elle doit en permanence les avoir en relation afin d'appréhender l'évolution de leurs besoins et leur proposer des produits adéquats immédiatement.

D'autres clients sont à l'opposé du client nomade, ce sont les clients captifs : les coûts de changement, aussi bien en argent qu'en temps, que leur imposerait la recherche d'une autre banque leur paraissent insurmontables. Ils ne sont pas forcément satisfaits des prestations proposées par la banque mais ils s'en accommodent.

De ces deux catégories de clients, c'est bien évidemment le client captif qui exige moins de démarche de la part de la banque, même si elle doit prendre garde à ce que son insatisfaction ne l'encourage à quitter la banque au bout d'un moment. De même, il faut vérifier si toutes les démarches entreprises vers le client nomade en valent la peine et si elles ne sont pas seulement des dépenses inutiles. Enfin, la barrière de distinction entre les catégories est facilement perméable.

Par ailleurs, la segmentation ultime de la clientèle, qui équivaldrait à proposer les produits exactement adaptés à chaque personne, est irréaliste. En revanche, de nouvelles techniques, notamment le marketing « one to one » (538), permettent de localiser les « tribus », regroupements de consommateurs ayant les mêmes attentes et les mêmes comportements.

Paragraphe V**La fidélité du consommateur : attitudes – comportements.**

Les mécanismes à l'origine de la fidélité sont complexes, les facteurs influents sont nombreux. Les comportements de fidélité semblent davantage ressortir de la qualité des produits, de la relation, que des attributs de marque ou de promotion (539).

(538) – H. Kayman, Le Marketing « One to One », Banque Magazine n° 448, 2000, p. 50.

(539) – Catherine Sainz, Banque Stratégie, n° 164, Octobre 1999.

La fidélité est aujourd'hui une évidence pour les entreprises et pour les consommateurs. Dans un contexte où les marchés deviennent de plus en plus concurrentiels et réglementés, et où les comportements d'achat s'adaptent en permanence aux nouvelles règles de l'environnement commercial (et parfois les dictent), la fidélité constitue un impératif économique pour l'entreprise : les restrictions consenties sur la marge ne permettent plus de rentabiliser, grâce à une vente ponctuelle, les différents coûts engagés.

Parallèlement, récompenser la fidélité du consommateur apparaît comme un dû pour celui-ci : il connaît sa valeur et l'utilise de plus en plus dans son propre intérêt.

A

Un dû pour les consommateurs.

a

Une évidence économique liée aux mutations des comportements d'achat.

La nouvelle maturité du consommateur rend désormais inévitable la prise en compte de la fidélité.

Devenu expert, le consommateur se prépare à acheter, se regarde acheter, puis consommer et ne cesse d'adapter ses pratiques à la recherche d'un équilibre raison – satisfaction.

Cette attitude débouche sur la constitution de repères de plus en plus clairs. Les consommateurs ont tendance à quadriller leurs besoins, à « normer » leurs pratiques.

Aussi convient-il de faire partie des règles de son jeu si l'on désire sa compagnie.

b

une attitude consciente impliquée de la part des consommateurs.

Une assez large majorité reconnaît être concernée par la fidélité (68 %) quelles que soient les catégories de population : il s'agit d'une attitude de fond, transversale et donc profonde ; les moins concernés se recrutent cependant parmi les cadres et professions intellectuelles supérieures (42 % pas concernés) plus distants.

Deux tiers des foyers par exemple français déclarent participer à des programmes de fidélisation, un « score » qui témoigne de la généralisation de cette pratique par les fabricants et par les distributeurs et de la réceptivité des consommateurs à ce principe.

B

La fidélité : une notion clairement intégrée, par les consommateurs.

Elle fait partie désormais du mécanisme de transaction du consommateur avec la marque ou l'enseigne, et ajoute une dimension supplémentaire au couple primitif constitué par l'offre et la demande : une enseigne dépourvue de programme de fidélisation est de moins en moins concevable.

Il ne s'agit plus seulement, pour l'entreprise, d'avoir un bien à proposer et de rencontrer un besoin à satisfaire mais aussi d'apporter ce « quelque chose en plus » qui déterminera la préférence et la régularité.

C

Un concept multiforme.

La fidélité apparaît comme un concept multiforme et donc complexe : les pratiques sont multiples, transversales. La fidélité refuse de se laisser enfermer.

Elle réfère à la fois aux attitudes et aux comportements, les deux pouvant très bien présenter de nombreuses discordances.

Ainsi les consommateurs n'hésitent-ils pas :

- A affirmer d'abord un attachement indéfectible aux valeurs subjectives et sécuritaires conduisant à la fidélité : un client en attente de sécurité ou de découverte (attitude) ;
- A témoigner ensuite de leur versatilité, de leur opportunisme : une offre évaluée en fonction de sa valeur d'image ou d'usage (comportement) ;

Les différentes manifestations de la fidélité contribuent à rendre le concept fugace. Il ne s'agit pas seulement d'une fidélité mais des fidélités du consommateur. Celui-ci revendique cette mobilité.

D

Les six visages de la fidélité.

Les comportements « bigarrés » à l'égard de la fidélité rendent donc difficiles la distinction de profils de fidélité et la production d'une typologie des différents profils de fidèles ou d'infidèles à partir de laquelle il conviendrait de connaître les freins et motivations de chacun pour l'aborder ensuite avec des offres et un discours pertinents.

A défaut d'une unification rassurante, ces différents états de la fidélité peuvent être catégorisés en fonction de la valeur dominante qu'ils expriment.

1

La fidélité de satisfaction.

Elle repose sur une évaluation objective des qualités du produit acheté (ou du service) ou du magasin. Plébiscitée par près de 60 % des consommateurs, elle l'emporte quantitativement sur les autres formes de fidélité.

Le consommateur adopte la démarche d'un professionnel qui confronte les différents critères de sa demande aux attributs de l'offre.

2

La fidélité relationnelle.

Elle constitue une spécificité en regard des autres types de fidélité. Elle n'est pas directement liée à l'offre mais à la manière dont on la propose : 53 % des consommateurs déclarent y être attachés.

De la même façon qu'un discours peut être interprété et reçu différemment selon l'attitude et la tonalité de l'émetteur, un même produit ou service prendra une valeur particulière selon la manière dont il est présenté.

3

La fidélité fonctionnelle.

Elle privilégie les modalités d'obtention de l'offre elle-même : 46 % des consommateurs la revendiquent.

Elle se construit autour de trois valeurs principales :

La proximité qui profite naturellement aux commerces de quartier mais aussi à la grande distribution qui a su développer des moyens d'accès et d'approvisionnement aisés :

- L'exhaustivité de l'offre qui fournit au consommateur l'assurance d'un acte d'achat mené à son terme ;
- La simplicité qui s'illustre en particulier dans le cas de la V.P.C (ou du commerce électronique) où la contrainte physique est quasiment supprimée.

4

La fidélité promotionnelle.

Elle intervient lorsque le bénéfice matériel (remises, cadeaux....) constitue la valeur prépondérante : elle se manifeste chez 39 % des consommateurs.

Ce type de fidélité est relativement ambigu : il peut modifier le comportement initial du consommateur ou être assimilé à une démarche de stimulation des ventes à court terme et donc par nature contradictoire avec la notion de fidélité.

5

La fidélité à la marque.

Elle se différencie de la fidélité de satisfaction par la prépondérance de la dimension subjective. Si l'on observe parfois la création d'une fidélité à la marque après une fidélité de satisfaction, l'interdépendance de ces deux notions reste fragile. La fidélité à la marque se développe principalement à partir d'un besoin premier de sécurité, puis d'une attente de reconnaissance.

Plus d'un consommateur sur trois y fait référence.

6

La fidélité routinière.

Principalement déterminée par la force de l'habitude, elle correspond aux achats réflexes, sans état d'âme. Elle est déclarée par 23 % des consommateurs.

Cette forme de comportement n'est pas irraisonnée pour autant. Elle renvoie à une notion d'équilibre maintenu, l'offre ayant fait la preuve de son efficacité et la confirmant. La fidélité routinière pourrait être remise en cause si l'un des paramètres constituant cette sérénité venait à manquer.

Ainsi les comportements de fidélité semblent davantage ressortir de la qualité des produits, du choix, des contacts avec les entreprises commerciales que des attributs de marque ou de promotion.

E

Les limites de la fidélisation.

En contrepartie de son évidence complexe, la fidélisation a cherché un ancrage concret aussi bien dans l'entreprise et vis-à-vis des clients. On a donc inventé différents supports de matérialisation de cette relation : les courriers, les cadeaux, les points, les cartes....

a**un phénomène de banalisation et de méfiance.**

A propos de ces différents éléments d'attraction, censés attirer le consommateur distant ou plus près de la marque ou de l'enseigne, du produit ou du service, on observe aujourd'hui un phénomène de banalisation.

Ces outils sont désignés par les consommateurs pour ce qu'ils sont, c'est-à-dire des outils, et non plus comme des finalités, des objets de désir.

On se méfie des courriers « personnalisés » que l'on assimile à des démarches publicitaires. On discrédite les cadeaux et l'on doute de l'intention altruiste. On s'empresse de souligner la volatilité des points, leur image populaire. On se méfie aussi des cartes quand elles dissimulent la fonctionnalité du crédit.

Pourtant, le consommateur continue d'avoir recours à ces différents supports.

Un tel décalage entre le déclaratif et le comportemental est habituel mais il illustre un phénomène de dissonance qui risque de se traduire tôt ou tard dans les faits.

Les outils de fidélisation classiques parviennent chacun à impliquer environ un foyer sur trois.

Qu'il s'agisse de couponing, de collecte de preuve d'achat, ou encore de l'usage des cartes de fidélité, la plupart des foyers mixent ces différentes pratiques. La moindre participation au concept de fidélisation multi-marques ou multi-enseignes (8 % des foyers déclarent y participer) tient sans doute à la plus grande « complexité », l'existence plus récente et surtout moins fréquente de cette forme de fidélisation.

b**Un phénomène de déviance.**

Ce phénomène est réel et ne doit pas être sous-estimé du fait que ces outils continuent d'être efficaces pour certains. Une des questions principales est bien de redéfinir la ligne de partage entre la fidélisation et la promotion.

Le phénomène de contamination de l'une par l'autre produit un effet néfaste de renforcement de la concurrence entre les marques, au seul profit du consommateur.

Les professionnels prennent conscience de cette « dérive ».

Certes les promotions attirent des consommateurs, mais rarement des clients durables : des « switchers » donc des infidèles.

Les consommateurs profitent de ces programmes.

Ils s'y adonnent sans y mettre leur cœur. Le problème de l'indifférenciation de la promotion et de la fidélisation ne les gêne pas. Ils poursuivent un objectif concret de valorisation de leur achat et se font peu d'illusions sur les intentions altruistes des entreprises.

Plus généralement, la fidélité ne doit-elle pas s'entendre comme une séduction réciproque, et non comme une course poursuite où l'on cherche à stimuler, espionner et contrôler le client ?

Paragraphe VI

Le contexte concurrentiel.

La concurrence dans le secteur bancaire est probablement l'une des plus importantes qui soit. Elle résulte du fait que les produits bancaires sont relativement uniformes et que toute tentative d'innovation bancaire est irrémédiablement destinée à tous les différents établissements, l'activité bancaire ne pouvant se prévaloir de brevets. Un autre élément qui contribue à rendre très concurrentiel ce secteur est traduit dans la relative absence de marché encore vierge ; en effet, le client est davantage multibancarisé qu'autrefois.

En France par exemple, le taux de pénétration de la banque dans les ménages français avoisine les 100%, chaque français possède un compte en banque et la moitié d'entre eux en possède deux ou plus. De ce fait, les possibilités de conquérir de nouveaux clients sont limitées et les banques optent plus volontiers pour une stratégie de fidélisation de leur clientèle existante.

Les banques sont à l'écoute des attentes de leurs clients, elles leurs facilitent l'«accès aux produits en multipliant les canaux de distribution. Actuellement, le phénomène de la prestation de services en ligne a remplacé l'ancienne télématique et tend à augmenter encore le nombre de concurrents. De même, la mise en place de l'euro et les efforts d'ouverture entre les pays européens se sont manifestés par la création d'un vaste marché, potentiellement de plus de 300 millions d'individus. Si la concurrence s'est accrue avec l'arrivée de nouveaux entrants comme les établissements étrangers, la grande distribution est bien décidée à étendre son activité traditionnelle et à capter une partie de cette clientèle. Les banques ont donc tout intérêt à fidéliser une proportion maximale de leurs clients afin de rester rentables ; elles ont pour cela l'avantage d'avoir déjà ces clients, et donc de mieux les connaître en vue de satisfaire leurs attentes.

L'activité de banque de détail impose le développement d'une présence et d'une image autant que d'une gamme de produits. Dans un contexte hautement concurrentiel et face au développement des nouveaux canaux de distribution, il ne suffit pas de conquérir le client : il faut l'accompagner dans toutes les étapes de sa vie financière, en évitant de perturber le lien de complicité qui l'unit à sa banque (540).

A

Un changement radical de contexte concurrentiel.

La déréglementation et la libéralisation des économies, en particulier au niveau européen, ont été les catalyseurs de Ce changement. Mais elles n'ont pu pleinement produire leurs effets que dans un contexte favorable lié à une certaine maturité du secteur bancaire en termes de comportement entrepreneurial des acteurs et de recherche de rentabilité. De manière quasi-simultanée s'est enclenché un processus d'innovation financière qui se poursuit encore aujourd'hui, soutenu par des progrès constants en matière de technologies de l'information et de communication. Dès lors, le secteur bancaire s'est trouvé totalement engagé dans le cercle de la mondialisation et de la globalisation, cercle dont il n'est pas évident d'isoler le point de départ et dont on ne sait vraiment s'il est vertueux ou vicieux.

B

La mondialisation des marchés financiers, la déréglementation et le progrès technologique (541).

La tendance à la mondialisation des économies est déjà ancienne. Mais les mouvements internationaux de capitaux sont l'une des manifestations les plus spectaculaires du processus de mondialisation. C'est dans ce contexte, et pour ne pas être en décalage avec d'autres pays, que les États ont engagé le mouvement de déréglementation.

1

Les mouvements internationaux de capitaux.

La plus grande Interpénétration des activités financières a été rendue possible par l'internationalisation des marchés des capitaux qui a permis à l'économie dominante - celle des États-Unis - d'influencer celle des autres grands pays occidentaux. Ce processus

(540) – Didier Alix, L'enjeu fidélité, Banque Stratégie, n° 152, Septembre 1998, p. 2.

(541) – Monique Zollinger, Eric Lamarque, Marketing et Stratégie de la banque, Dunod, Paris 2004, p. 16.

favorise la propagation des tendances économiques tant en matière de croissance qu'en matière de facteurs d'inflation et de variation des taux d'intérêt.

L'internationalisation croissante des services bancaires et des activités liées aux valeurs mobilières a entraîné une expansion spectaculaire des marchés de services financiers mondiaux. Après les opérations classiques de financement des échanges commerciaux, se sont développées des opérations en euromonnaies et des « eurocrédits » accordés directement par les plus puissants des établissements bancaires. Ces crédits directs, parfois consentis à des pays qui ont connu des difficultés de paiement, ont révélé, dès 1982, l'importance des risques-pays et des risques de liquidité dans le bilan et les fonds propres des grandes banques. Ces dernières se sont réorientées vers les opérations liées aux transactions internationales sur les valeurs mobilières, moins risquées. Au sein de l'OCDE ont été développées, de manière spectaculaire, de nouvelles formes d'opérations hors bilan (par exemple, les émissions internationales d'effets du marché monétaire assorties ou non de garanties bancaires).

Cette mondialisation du marché des capitaux a également eu comme catalyseur la nécessité pour les États de satisfaire un besoin de financement de plus en plus important et de plus en plus onéreux au début des années 80. Ceux-ci ont donc, à leur niveau, contribué à favoriser le développement et l'expansion de ces marchés à travers un mouvement de déréglementation.

2

La déréglementation à l'échelle mondiale.

La propagation de la déréglementation à partir des États-Unis s'est opérée dans la diversité car elle s'est étendue à des pays dont les structures bancaires présentent traditionnellement des différences significatives. Toutes ces refontes des cadres réglementaires semblent obéir à deux logiques imposées par les autorités monétaires :

- un renforcement de la sécurité du système bancaire ;
- l'amélioration des conditions de fonctionnement des marchés financiers.

L'évolution américaine a suivi ces deux voies de réforme, imposées par l'inadaptation de la réglementation antérieure aux conditions actuelles du marché. Pour accroître la sécurité, ont été privilégiés le renforcement de la liquidité – par la capacité accrue d'acquisition et de vente d'actifs –, ainsi que la diversité des échéances et des monnaies de libellé des titres. De plus, la qualité des actifs est devenue mieux connue non seulement des banques, mais aussi des autres intervenants : le risque du crédit aux pays, aux entreprises,

voire aux particuliers, s'est vu évalué par des organismes spécialisés et internationaux. Par ailleurs, pour libéraliser le fonctionnement des marchés financiers, les autorités américaines ont favorisé la réduction des monopoles d'accès aux informations et aux opérations financières.

La déréglementation dans les autres pays ne s'est imposée que lorsque sont apparus de nouveaux risques ou de nouveaux besoins sur les marchés locaux. Ainsi, progressivement, la Grande-Bretagne, la France, l'Allemagne, etc., se sont engagées sur la voie de la déréglementation. Pendant longtemps, seul le Japon a semblé maintenir une attitude plus réfractaire. En Grande-Bretagne ont été progressivement allégées ou supprimées les contraintes pesant sur les dépôts (rémunération dépôts à vue, liberté de rémunération des dépôts à terme) et sur la distinction entre banques commerciales et banques d'affaires, ainsi que sur l'existence d'intermédiaires indépendants (les courtiers en actions et obligations). Cet ensemble de mesures de déspecialisation a provoqué certaines disparitions au sein des brokers et parmi les banques commerciales et d'affaires. Globalement, de nouvelles conditions de concurrence sont apparues entre banques, compagnies d'assurances, savings and loans et banques étrangères récemment implantées à Londres.

Progressivement, le même scénario se reproduit, par contagion, dans les pays proches en terme de maturité de la perception du risque financier.

3

Les progrès technologiques.

La libéralisation des mouvements internationaux de capitaux a, de plus, été largement favorisée par les progrès des technologies de l'information et de la communication. Sur les marchés des capitaux, ces technologies ont, en effet, permis l'établissement, en temps réel et à distance, des liaisons entre les opérateurs par des systèmes permettant à la fois l'échange des informations, le traitement des opérations et le stockage des données dans des mémoires centrales.

Les banques entrent directement dans le champ d'application de l'informatique et des télécommunications. Depuis trente ans, le mariage intime de ces deux secteurs, associé aux progrès des technologies de l'information, a permis d'atteindre un niveau de performance, de fiabilité et de fonctionnalité toujours plus important. En dehors de l'interconnexion des marchés, ces progrès ont abouti à la construction des vastes toiles d'araignées que sont les systèmes d'information désormais indispensables à l'industrie bancaire.

Les rapports avec les clients ont été aussi largement affectés. Le banquier va directement chez le client par l'intermédiaire du micro-ordinateur. Il lui délègue la réalisation de certaines opérations, comme les retraits automatiques. Les occasions de l'approcher physiquement sont moins fréquentes, mais les occasions de le contacter se multiplient.

Mondialisation, globalisation, déréglementation et progrès technologiques sont quatre facteurs de changement intimement liés. Leur évolution au cours de ces dernières années a ouvert la voie à un processus sans précédent d'innovation financière pour s'adapter à ce nouveau contexte, rendant le processus engagé quasiment irréversible.

C

L'innovation financière.

Grâce au recul des interventions administratives dans la distribution du crédit, à l'internationalisation des opérations et à l'essor des nouvelles technologies, les banques ont manifesté leur intérêt pour les besoins de l'économie, en évolution rapide, par l'adaptation et l'innovation. Tous les domaines bancaires ont connu de profondes évolutions concernant autant les services courants (dépôts, crédits et moyens de paiement) que ceux qui appartiennent aux activités spécialisées (marchés financiers, ingénierie financière et financements internationaux).

a

De nouvelles offres d'intermédiation bancaire.

Dans la fonction d'intermédiation bancaire, dont la rémunération est liée au différentiel de taux d'intérêt débiteur/créditeur, l'évolution est quantitativement perceptible et souvent exprimée en termes de « désintermédiation ». Les entreprises, principaux emprunteurs, ont eu recours, grâce aux mesures de déréglementation, à des financements directs non bancaires : actions et billets de trésorerie (542).

b

Une nouvelle gestion des moyens de paiement.

Si l'évolution des technologies de l'information soutient largement la mutation de la fonction d'intermédiation financière, elle favorise également la transformation des moyens de paiement. Leur gestion, liée à l'intermédiation bancaire, est une activité fondamentale.

(542) – Monique Zollinger, Eric Lamarque, opcit, p. 167.

Au cours des dernières années, les moyens de paiement ont connu une mutation. Notons, le D.A.B, la carte bleue et le R.I.B, l'ordinateur de compensation... Ces changements technologiques associés à la modernisation des banques obéissent à un processus continu qui n'aboutit souvent qu'après plusieurs années à une généralisation perceptible.

D

Les nouveaux entrants.

La notion de nouveaux entrants regroupe des acteurs économiques qui n'ont pas le statut de banque, ni même d'établissement de crédit, et qui pourtant tendent à devenir des concurrents redoutables pour les banques traditionnelles.

En effet, des activités gérées par les banques ont été développées par d'autres acteurs. Ce phénomène sensible aux Etats-Unis doit être pris en compte lors de la définition des stratégies (543).

La dynamique des nouveaux entrepreneurs adopte des formes diverses.

Il y a un premier type d'offensive, symbolisé par la réussite de General Electric Capital qui développe des activités dans 27 créneaux concernant les assurances spécialisées, les services à la consommation, la logistique et sa gestion, les services financiers très spécialisés, les financements spéciaux d'entreprises.

Le premier atout de G.E.Capital a été la notation AAA qui lui a permis d'acquérir de la « matière première » (l'argent) à bon marché. Elle a donc pu le placer dans de bonnes conditions d'autant qu'à l'époque de son développement, les 3 A étaient peu nombreux.

Un deuxième type d'attaque vient d'entreprises qui cherchent à tirer pleinement parti de l'outil électronique avec « la banque directe » et les communications informatiques entre clients et banques.

Les intermédiaires traditionnels proposent des produits et services dans une zone géographique donnée. Les réseaux de communication permettent désormais aux clients potentiels de procéder autrement, d'acheter n'importe où (et notamment dans l'Europe de l'euro), de se faire livrer le produit et non plus d'aller le chercher.

Le rythme de croissance des activités commerciales sur Internet est important ; les experts prévoient que les 90 millions d'utilisateurs sont passés fin 2000 à un chiffre compris entre 250 et 500 millions. Il est probable que des entreprises financières spécialisées pourront y trouver à bon compte des moyens nouveaux d'exploitation des niches de clientèle et de produits sur une échelle mondiale.

(543) – Solving International, Banque Stratégie, n° 150, Juin 1998, p. 4.

Les nouveaux entrants et l'éclatement des métiers changent la donne. Les plus importants des établissements rencontrés lors de l'enquête tendent à relativiser la banque téléphonique par rapport aux réseaux classiques en ne lui accordant qu'un rôle complémentaire. Pourtant, The Royal Bank of Scotland ou la Compagnie Bancaire (Banque Directe) affirment clairement vouloir conquérir des positions nouvelles par ce moyen. Avec Internet, on ne touche pas seulement à l'organisation du système bancaire mais aussi à celle des échanges dans les sociétés. La sécurisation des paiements progresse plus vite que prévu et les intermédiations traditionnelles évolueront beaucoup ou disparaîtront.

Certaines banques comme Santander ou Lloyds T.S.B cherchent à préparer cette évolution en étant elles-mêmes présentes dans les galeries commerciales du Web.

Le métier bancaire doit se renforcer dans son caractère de lieu d'analyse et d'information créatrice de valeur. S'il ne le fait pas, y compris comme fournisseur d'informations, il est probable que des innovateurs capteront cette valeur ajoutée en court-circuitant les institutions en place.

Au-delà de l'utilisation des nouvelles technologies pour renforcer leur offre et diversifier leurs canaux de distribution, certains acteurs financiers se proposent de repenser l'articulation entre leurs différents métiers.

American Express illustre déjà cette tendance à l'éclatement des métiers dans sa position de « courtier - intégrateur » qui cherche pour un client donné les meilleures solutions où qu'elles se trouvent. De son côté, Paribas revendique la position « d'équipementier » de la finance.

Certaines banques américaines envisagent très clairement de modifier leur structure en business units de distribution, séparées de celles de production. Dans ce cadre, elles distribuent par exemple des prêts hypothécaires d'autres établissements.

Par ailleurs, la nécessaire spécialisation d'un grand nombre d'établissements, dans la perspective de renforcer leur compétitivité, les conduit à envisager l'externalisation de leurs activités non stratégiques (fonctions de support, certains back-offices...) (544).

a

La grande distribution.

En plus des restructurations bancaires européennes inéluctables, un grand acteur de la vie économique va intensifier ses tentatives pour capter une partie de la clientèle jusque-là fidèle aux banques : la grande distribution. La grande distribution est traditionnellement en excédant de trésorerie et elle envisage sérieusement d'utiliser cette capacité financière pour

(544) – Solving International, opcit, p. 5.

effectuer de plus en plus des opérations de ressemblance bancaire avec sa clientèle. La grande distribution a aussi pour avantage de disposer d'un système performant de connaissance du client. Elle a développé des cartes privatives qui lui permettent de se constituer une solide base de données pour mieux connaître et fidéliser ses clients. Elle peut aussi compter sur le fait qu'elle n'a pas à chercher des moments de contact avec le client, celui-ci étant en effet obligé de se déplacer dans son enseigne ; les possibilités de rencontres sont donc nombreuses et périodiques et donnent un avantage sur le monde bancaire (545).

Au demeurant, dans le secteur bancaire, la variable distribution a été longtemps marquée par l'exclusivité traditionnelle du circuit que constitue le réseau d'agences de chaque établissement. Cette exclusivité incontestée jusqu'aux récentes évolutions est cependant remise en cause par les nouvelles formes de distribution et, surtout, par l'incursion de nouveaux concurrents non-banquiers.

Dans un premier temps, après les mesures de libéralisation des conditions d'ouverture de nouvelles agences, cette variable distribution a constitué, par obligation concurrentielle, le moteur de toute l'activité bancaire. La logique de cette politique était fondée sur l'accumulation : davantage d'agences, plus de clients, plus de comptes et plus de personnel – la politique de distribution va de pair avec les objectifs de production et avec le financement et la gestion des ressources humaines. Ces pratiques de course à l'ouverture de guichets, maintenant dépassées, ont révélé leurs effets négatifs dès que la saturation du marché a été atteinte : par les problèmes de productivité et de rentabilité qui ont conduit progressivement à des fermetures d'agences dans le cadre de la restructuration des réseaux.

Le client demeure au centre du réseau de distribution et l'on distingue dans l'analyse de ses besoins la gestion des opérations courantes – l'information abondante et simple – et celle des opérations « exceptionnelles », l'information spécialisée relative aux investissements et aux placements. Le réseau de distribution efficace conjugue un traitement de masse d'opérations courantes vendues au détail avec une approche personnalisée, voire « sur mesure », des besoins financiers de chaque client (546).

(545) – Anne- Marie Laure Pierre, *opcit*, p. 17.

(546) – Didier Alix, *L'enjeu Fidélité*, Banque Stratégie n° 152, Septembre 1998, p. 2 et s.

b**Les portails financiers.**

Le concept de portail offre d'énormes potentialités pour les banques. Outil puissant, sa mise en œuvre doit s'inscrire dans une démarche structurée et adaptée aux objectifs de chaque établissement (547).

« Portail » ou « Portal » en américain : difficile aujourd'hui d'échapper à ce terme face à l'engouement qu'il suscite. On peut d'entrée établir une distinction entre les « Portails grands publics », et les « Portails d'entreprise ».

Les « Portails grands publics » sont à l'origine du concept de Portail. Le pionnier dans ce domaine est le célèbre Yahoo ! qui propose un moteur de recherche pour accéder à l'ensemble des informations des milliards de pages disponibles sur le réseau.

Le « Portail d'entreprise » quant à lui, s'adresse d'abord aux employés de l'entreprise : on parle de BtoE, ou « Bussiness to Employees ». Il propose une nouvelle exploitation des ressources de l'entreprise, ce qui en fait un des premiers sujets de préoccupation des dirigeants. Il recouvre ainsi une réalité économique majeure, avec un marché mondial évalué par Merrill Lynch à 100 Miliards de dollars.

1**Un nouveau concept.**

La mise en œuvre d'un Portail passe souvent par le constat que l'établissement bancaire possède une somme de connaissances qu'il est incapable d'exploiter pleinement. Ce phénomène est particulièrement vrai dans les banques qui manipulent et stockent des masses de données considérables. Face à la multiplication des informations exploitables, qu'elles soient internes ou externes, la difficulté ne consiste plus seulement à capter et stocker ces dernières, mais surtout à les restituer efficacement ; il s'agit d'une problématique de gestion de la connaissance, (Knowledge Management).

Le Portail d'entreprise est la solution clé pour remédier à cette problématique. Il restitue aux utilisateurs les informations adaptées à leurs situations de travail, au bon moment et au niveau de détail nécessaire.

2**Satisfaire et fidéliser le client.**

En termes de rapidité et de convivialité de l'outil informatique, le Portail d'entreprise offre à l'utilisateur un confort d'utilisation indéniable, avec entre autres une authentification

unique, un passage de contextes pour éviter les saisies multiples, et surtout une ergonomie et une navigation intuitives inspirées du monde Internet : c'est l'occasion pour certaines agences bancaires de moderniser leur image auprès de leurs clients, mais aussi de recruter de jeunes profils sensibles à l'outil de travail qui pourra leur être confié.

Plus important encore, grâce au Portail d'entreprise, l'utilisateur (chargé de clientèle, conseiller financier, conseiller guichet, télé-opérateur....) accède immédiatement à l'ensemble des applications métiers nécessaires à sa fonction. Il peut ainsi gérer son temps de travail de manière plus souple en fonction des tâches qu'il a à traiter.

Par ailleurs, l'accès à l'ensemble des informations clients et des règles de gestion associées que propose un Portail d'entreprise permet à l'utilisateur de faire face sans perte de temps et de manière autonome à un maximum de situations commerciales, avec un argumentaire adapté. En cas de difficulté à traiter une demande particulière, il a toujours la possibilité grâce au Portail d'orienter immédiatement le client vers l'interlocuteur compétent et disponible au sein de la banque.

En fédérant sur tous ces points de contacts l'ensemble des informations utiles, la banque peut relever un des premiers challenges du « Customer Relationship management (C.R.M.) : satisfaire et fidéliser ses clients. En unifiant l'information et en la rendant potentiellement disponible à tout acteur, le Portail est un outil décisif pour gérer efficacement les interactions entre les différents canaux de communication entre la banque et ses clients (agences, call-centers, minitel, audiotel, internet...). Il permet de pallier au phénomène dangereux de banque à deux vitesses, avec d'un côté la banque à distance et de l'autre la banque « traditionnelle » qui ne communiqueraient pas.

La banque peut dès lors développer un véritable sentiment de « reconnaissance client » en établissant une relation transparente et privilégiée, voire personnalisée avec ses clients. Il semble révolu le temps où le client de la banque était contraint de faire connaître sa situation à chaque changement d'agences, d'interlocuteur ou de média utilisé. L'établissement bancaire ne peut désormais conserver la mémoire et l'historique de sa relation avec ses clients, sans s'appuyer uniquement sur la mémoire du client lui-même !

3

Un outil commercial.

Le Portail favorise la détection de nouvelles opportunités commerciales, l'exploitation maximale du potentiel des clients et devient dès lors la clé d'un développement intensif. Le Portail d'entreprise commercial répond à cet enjeu, caractéristique de toute stratégie C.R.M efficace et efficiente, qui est d'orienter la banque dans son ensemble vers ses clients.

L'évolution naturelle du Portail d'entreprise est de devenir le point de convergence des différents canaux de distribution : de l'agence traditionnelle jusqu'à l'accès direct du client par Internet, en passant par les plates-formes de call-centers et les réseaux particuliers. Pour cela, le niveau d'accessibilité devra être contrôlé par la mise en place de moyens d'habilitation et de sécurisation stricts. Ainsi, un grand nombre de fonctions pourront être proposées par ce biais à des clients qui auront à leur disposition un véritable poste de travail bancaire personnalisé, à partir duquel ils pourront initier un maximum d'opérations en self-service, déléstant par la même occasion la banque de certaines tâches administratives.

4

Un choix stratégique.

Aujourd'hui, le marché du Portail est en pleine ébullition et un grand nombre d'éditeurs proposent une déclinaison « Portail » de leur produit. Une étude fine s'avère donc nécessaire pour aboutir à une adéquation entre les offres du marché, les objectifs fixés et les contraintes propres à la banque. Ces dernières sont bien entendu d'ordre technique, mais surtout fonctionnel et organisationnel.

Particulièrement, la mise en œuvre d'un portail ne peut se faire sans un accompagnement adapté et progressif de l'ensemble de la population utilisatrice ciblée. Mal assimilé et donc mal renseigné par ses utilisateurs, il ne remplirait plus une des ses fonctions essentielles : « être le réceptacle de l'information client ».

Par ailleurs, un Portail d'entreprise commercial impose une redéfinition des rôles et des prérogatives de l'ensemble des utilisateurs concernés par l'outil. Les frontières internes et hiérarchiques de l'établissement bancaire peuvent être de fait malmenées. Le Portail d'entreprise bouleverse l'organisation traditionnelle et consacre la gestion globale des savoirs et des compétences. Un client attend par exemple un service indifférencié quelle que soit l'agence qu'il sollicite. Techniquement, le Portail d'entreprise commercial permet ce service alors que le fonctionnement actuel des agences bancaires, organisées en centre de profit, ne s'y prête pas forcément (548).

c

Le Portail Financier représente l'outil Marketing des banques.

Le marché du crédit immobilier en ligne a, lui aussi, un avenir prometteur. Nouveau canal d'accès au crédit, l'esprit de ce portail offre aux banques l'opportunité d'enrichir et de réinventer des outils marketing.

(548) – Alas Madinier, opcit, p. 57.

L'exemple de Meilleur-taux.com est venu des Etats-Unis, où certaines sociétés faisaient du crédit immobilier en ligne. En France, les perspectives d'activité dans ce domaine sont exponentielles : les analyses font ressortir que le marché du crédit immobilier en ligne a atteint 15 à 25 % de l'ensemble des crédits immobiliers (549).

Aussi, depuis la fin des années 1999, des portails financiers comme Meilleurtaux.com ou Sélectaux.com sont présents sur Internet ; ils ont pour objet de proposer à d'éventuels clients une comparaison des offres de prêts immobiliers de plusieurs banques. Les banques référencées ont noué des accords de partenariat pour être présentes sur le site. L'internaute qui souhaite obtenir un crédit, saisit son dossier (revenu, projets...), il est aidé dans le montage de celui-ci grâce à des outils de simulation qui sont proposés sur le site. Son dossier est ensuite transmis à toutes les banques référencées qui peuvent alors faire des propositions de crédit adaptées à son profil (550).

Le client qui reçoit donc les offres des banques ne connaît pas l'identité de chaque offre afin d'éviter l'influence de préjugés sur telle ou telle banque. Il procède alors à la sélection de quelques propositions, trois dans le cas de ces sites. Une fois les choix effectués, l'identité des banques sélectionnées est révélée au client et ces dernières prennent directement contact avec lui.

Ces services sont gratuits pour l'internaute demandeur de crédit, mais les banques qui sont sélectionnées par celui-ci versent un forfait au site.

Pour les particuliers, ces sites représentent une démarche rapide, simple et efficace. Pour les banques, elles enrichissent leurs bases de prospects pour un coût minime et peuvent proposer des offres adaptées en fonction des critères saisis par le client.

Ces portails permettent aux banques de toucher plus de particuliers. Le risque est donc qu'un client ne fasse pas appel à sa banque habituelle pour demander une proposition de crédit, et qu'il profite de l'utilisation aisée de ce type de canal pour comparer les offres bancaires.

Les banques doivent dès maintenant essayer de personnaliser la relation avec le client et d'anticiper ses attentes, afin que celui-ci reçoive le plus rapidement possible une proposition lui convenant et qu'il n'éprouve pas le besoin de rechercher ailleurs une offre concurrente.

Enfin, nouveau canal d'accès au crédit, l'esprit du portail est que le marché du crédit offre aux banques l'opportunité d'enrichir et de réinventer des outils marketing.

(549) – Hervé Schricke, « Portails Financiers », Banque Stratégie, n° 169, Mars 2000, p. 57.

(550) – Hervé Schricke, opcit, p. 69.

Paragraphe VII

Relations de clientèle et concurrence sur les marchés bancaires.

D'un pays à l'autre, on observe des disparités sensibles à l'importance des banques dans le financement des entreprises industrielles (551). Il en va de même pour le fonctionnement des systèmes bancaires comme le montre clairement l'exemple de la France et de l'Allemagne.

L'une des différences les plus significatives est dans doute l'existence en Allemagne, beaucoup plus qu'en France, d'un très fort partenariat entre la banque et l'entreprise. En effet, la plupart des P.M.E allemandes engagent des relations de long terme avec une « Hausbank » (552). Le concept de « hausbank » implique un partenariat durable entre le banquier et l'entrepreneur, la « Hausbank » étant le conseiller et le soutien financier sur lequel l'entreprise peut compter en cas de difficultés. Ainsi, en Allemagne, comme d'ailleurs au Japon, les relations entre les banques et les entreprises industrielles sont des relations de long terme traduisant une véritable coopération. Dans ces deux pays, l'existence de telles relations de clientèle peuvent même se traduire par une participation non négligeable de la banque à la direction de la firme cliente (553).

Bien évidemment, un certain nombre d'arguments liés aux caractéristiques et aux réglementations des institutions bancaires, notamment à la réglementation de la faillite des entreprises, peuvent être avancés pour expliquer l'importance des relations de clientèle dans la banque en Allemagne ou au Japon. Au-delà de ces explications d'ordre juridique, le but de cela est de justifier sur le plan économique l'existence de relations de long terme entre les banquiers et les entrepreneurs.

D'une façon très générale, on peut définir une relation de clientèle entre une banque et un emprunteur comme une relation de long terme fondée sur la répétition dans le temps de relations de crédit, c'est-à-dire d'offres et de demandes de crédit émanant respectivement de la banque et de l'emprunteur. Sur le plan théorique, l'analyse de ces relations de clientèle se fait essentiellement à l'aide de modèles mettant l'accent sur les problèmes d'information et, plus précisément, d'asymétrie d'information qui existent sur le marché du crédit. De fait, sur ce marché, l'information n'est pas identique pour tous les agents : il y a donc « asymétrie

(551) – Dans les pays anglo-saxons, on observe une prépondérance de la finance directe par les marchés sur l'intermédiation bancaire. Au contraire, dans les pays d'Europe continentale et latine, les entreprises (notamment les P.M.E) ont plus tendance à emprunter des fonds par l'intermédiaire des banques.

(552) – Il n'existe pas de traduction "officielle". Cependant, la traduction littérale de « Hausbank » est « Banque Maison ».

(553) – On estime que les banques allemandes détiennent environ 10 % du capital des entreprises allemandes et que les banques japonaises détiennent plus de 20 % du capital des entreprises japonaises.

d'information ». Nous faisons donc le point sur l'apport des modèles d'asymétrie d'information pour l'analyse des relations de clientèle entre les banques et les entreprises.

Les relations de clientèle ont deux conséquences fondamentales sur le fonctionnement du marché du crédit. Premièrement, elles constituent un facteur d'efficacité de ce marché. En effet, elles améliorent son fonctionnement grâce aux économies de coût d'audit des emprunteurs qu'elles engendrent. Ces économies se font soit directement en rendant la technologie d'audit moins onéreuse pour les banques, soit indirectement, en renforçant les incitations des emprunteurs de se comporter honnêtement vis-à-vis de leur banque. De plus, les relations de clientèle permettent également d'améliorer l'évaluation par les banques du risque des emprunteurs et par conséquent, elles contribuent à diminuer le rationnement du crédit. Deuxièmement, en donnant naissance à une information spécifique, elles impliquent un avantage concurrentiel et un pouvoir de marché des banques sur leurs anciens clients. De là, il résulte une inefficacité de l'allocation du capital prêté par les banques sur le marché du crédit. Les relations de clientèle peuvent aussi avoir un effet non négligeable sur la structure du marché de crédit. En fait, on montre que l'existence de telles relations peut expliquer une imperfection de la concurrence sur ce marché et, plus précisément, la possibilité de la présence sur ce même marché d'un grand nombre de petites banques peu efficaces mais réalisant des profits.

Les relations de clientèle permettent donc à l'économie de se rapprocher de l'équilibre concurrentiel grâce à des gains d'efficacité liés à des économies de coût d'audit mais à condition de réduire l'inefficacité due au pouvoir de marché qu'elles donnent aux banques sur leurs anciens clients ou à condition que leurs effets sur la structure du marché de crédit ne soient pas durables.

A

Les relations de clientèle

améliorent le fonctionnement du marché du crédit.

Les modèles théoriques récents traitant des relations de clientèle dans la banque sont pratiquement tous des modèles d'asymétrie d'information. Deux types d'asymétrie d'information sont cependant à distinguer. L'asymétrie d'information ex ante porte sur le risque de l'emprunteur, ce dernier étant supposé mieux connaître son propre risque que la banque.

Les modèles fondés sur une hypothèse d'asymétrie d'information ex ante traitent donc de l'évaluation par la banque du risque de l'emprunteur, c'est-à-dire de sa capacité de

remboursement. Ce sont essentiellement des modèles centrants l'analyse sur les problèmes de sélection adverse (554). Dans ce cadre, les relations de clientèle permettent une meilleure évaluation par la banque du risque de l'emprunteur et vont, par conséquent, réduire les effets de sélection adverse.

Un second type d'asymétrie d'information est souvent utilisé dans la théorie bancaire récente. Il s'agit de l'asymétrie d'information ex post qui concerne le résultat final de l'investissement de l'emprunteur, seul ce dernier pouvant le connaître parfaitement et sans coût. En effet, on suppose que la banque doit, contrairement à son client, engager un coût pour connaître le résultat exact de ce dernier. Ce coût est appelé « coût de contrôle » et peut être assimilé à un coût d'audit. L'asymétrie d'information ex post porte non plus sur la capacité de remboursement de l'emprunteur, celle-ci étant supposée connue par la banque dès le départ (555), mais sur sa « volonté » de rembourser. Elle implique donc pour la banque un problème d'aléa moral (556), c'est-à-dire un problème d'incitation. En effet, le banquier doit inciter l'emprunteur à révéler le vrai résultat de son investissement afin de minimiser les coûts de contrôle. Dans les modèles avec asymétrie d'information ex post, les relations de clientèle se justifient alors en tant que moyen pour diminuer ces coûts de contrôle.

D'une manière générale, les relations de clientèle entre la banque et les emprunteurs rendent le marché du crédit plus efficient. En effet, elles améliorent l'efficacité de l'intermédiation bancaire grâce à des économies de coûts de contrôle des emprunteurs. De plus, elles accroissent l'efficacité du contrat de dette optimal en renforçant les incitations de l'emprunteur à se comporter honnêtement vis-à-vis de la banque. Enfin, elles permettent de réduire le rationnement du crédit, les banques rationnant moins leurs anciens clients.

a

Relations de clientèle et gains d'efficience.

Dans un cadre d'asymétrie d'information ex post, Diamond (1984) ainsi que Gale et

-
- (554) – La sélection adverse apparaît lorsque, en raison d'asymétries d'information, les prêteurs ne peuvent identifier parfaitement le risque des emprunteurs. A défaut de pouvoir fixer les taux d'intérêt à des niveaux correspondants au risque effectif, les prêteurs appliquent des taux reflétant la qualité moyenne des emprunteurs. Cette pratique pénalise les « bons » risques, qui paient des primes trop fortes mais elle avantage les « mauvais » risques, qui paient des primes trop faibles. Elle incite donc les « bons » risques à quitter le marché.
- (555) – Plus précisément, les distributions des rendements de tous les projets sont supposées connues de tous ex ante. Le risque de tous les emprunteurs est donc parfaitement connu par toutes les banques.
- (556) – L'« aléa moral », ou incitation adverse, tient au fait que les emprunteurs, disposant d'une information plus complète sur leurs caractéristiques que les prêteurs, peuvent être tentés de dissimuler leurs vraies caractéristiques aux prêteurs, afin d'obtenir les fonds et de meilleures conditions.

Hellwig (1985) ont démontré que le contrat de dette standard est optimal. On peut résumer les caractéristiques de ce contrat de dette standard optimal comme suit :

- **1°)** L'emprunteur investit toute sa richesse dans le projet d'investissement ;
- **2°)** Si l'entreprise qui emprunte n'est pas défailante, le remboursement est fixe et donc indépendant du résultat de l'investissement ;
- **3°)** Si l'entreprise est défailante, alors :
 - a) elle est déclarée en faillite
 - b) le montant du remboursement est maximal.

Diamond démontre, à partir de ces contrats, l'efficacité de l'intermédiation financière (557). Le modèle de Gale et Hellwig permet également de justifier l'existence de l'intermédiation financière par l'économie de coûts d'audit. Finalement, ces modèles permettent bien de résoudre les deux problèmes fondamentaux de la théorie bancaire, à savoir la caractérisation du contrat de dette optimal et la justification de l'existence de la banque en tant qu'intermédiaire financier. Les extensions dynamiques de ces modèles statiques vont, elles, justifier l'existence de relations de clientèle sur le marché du crédit.

1

Les relations de clientèle permettent d'améliorer l'efficacité de l'intermédiation bancaire.

Reprenant le même cadre d'asymétrie d'information ex post que celui proposé par Diamond, Haubrich (1989) analyse la relation de clientèle comme moyen de contrôle des emprunteurs et donc comme moyen d'améliorer les méthodes de score de la banque.

Il montre que les relations de clientèle permettent à la banque de créer un test statistique fiable lui rendant possible de distinguer clairement les emprunteurs qui mentent de ceux qui annoncent le véritable résultat de leur investissement. Intuitivement, ce test consiste en l'utilisation par la banque de toutes ses informations passées sur l'emprunteur pour évaluer le risque présent de ce dernier. Plus précisément, le test compare la moyenne des paiements passés de l'entrepreneur avec l'espérance de paiement connue par la banque dès le départ (558). La banque détermine, à partir des sanctions prises dans le passé à l'encontre de l'emprunteur, la probabilité que le résultat annoncé par ce dernier soit le véritable résultat de son investissement. Si cette probabilité est inférieure à un certain seuil, la banque choisit alors de sanctionner l'emprunteur, par exemple en lui refusant un nouveau crédit. Cette stratégie ne va pas punir les entrepreneurs honnêtes. En effet, les

(557) – Dans la démonstration, il utilise notamment le fait que la diversification rend négligeables les coûts de délégation de la fonction de contrôleur.

(558) – L'espérance de revenu des investissements est supposée connue de tous dans l'économie.

emprunteurs malchanceux ne seront jamais sanctionnés sur le long terme car, en raison de la loi forte des grands nombres, la moyenne des paiements effectués approche (sur le long terme) l'espérance de remboursement par période de la banque (559). Cette stratégie permet également à la banque d'identifier et de sanctionner les emprunteurs qui, afin de rembourser moins, annoncent systématiquement un résultat inférieur au vrai résultat. Dès lors, cela incite l'emprunteur à ne pas mettre sa stratégie de mensonge mais à dire systématiquement la vérité sur ces résultats. Ainsi, il existe bien un test assez strict pour sanctionner efficacement les menteurs mais suffisamment souple pour épargner les emprunteurs honnêtes mais « malchanceux » dans la mesure où ils ont réellement connu une série de mauvais résultats.

Finalement, lorsqu'elle décide de contrôler ses emprunteurs, la banque va donc avoir le choix entre deux « technologies » de contrôle. Classiquement, elle peut contrôler directement l'emprunteur moyennant un coût K par projet contrôlé. Dans ce cas, la banque envoie des contrôleurs dans chaque firme ayant emprunté afin de déterminer leur capacité de remboursement (560) ; Ou alors, elle met en œuvre le test statistique analysé plus haut et créé grâce aux relations de clientèle. Dans ce cas, le coût de contrôle est \underline{a} , « le modèle de Haubrich » suppose que $0 < \underline{a} < K$, c'est-à-dire que le contrôle par les relations de clientèle est moins coûteux que le contrôle direct. De fait, il semble raisonnable de penser que faire fonctionner le test statistique créé à partir des relations de clientèle en comparant les moyennes des annonces de résultat avec l'espérance de remboursement connue à l'avance coûte moins cher à la banque que d'envoyer des contrôleurs dans chaque entreprise ayant emprunté pour examiner le fonctionnement de la firme et pour auditer sa situation financière afin de déterminer sa capacité de remboursement.

Par conséquent, les relations de clientèle permettent à la banque de créer un test statistique et d'améliorer ainsi sa méthode de score, la technologie de contrôle fondée sur l'exploitation de toute l'information passée étant moins coûteuse. On comprend alors aisément pourquoi certaines banques, notamment en France, prennent des mesures pour la conservation et une meilleure exploitation des informations sur leurs clients.

(559) – En fait, les agents honnêtes pourront certes être punis mais ils ne supporteront qu'un nombre fini de punitions qui n'affectent pas, lorsque l'horizon temporel tend vers l'infini, l'utilité intertemporelle des emprunteurs.

(560) – Haubrich donne l'exemple de crédits bancaires à des firmes produisant des films de cinéma : dans ce cas, le contrôle direct consiste en ce que des contrôleurs de la banque lisent les scripts des films produits afin d'évaluer les profits futurs et donc la capacité de remboursement de la firme.

2**Les relations de clientèle permettent d'améliorer l'efficience
des contrats de crédit.**

Alors que le modèle de Haubrich montre comment les relations de clientèle peuvent améliorer l'efficience du processus d'intermédiation bancaire, le modèle de Webb (1992) analyse les effets des relations de clientèle sur la nature du contrat de prêt optimal et met en évidence le gain d'efficience qui en résulte. En fait, lorsque la banque engage des relations de clientèle avec un emprunteur, elle va adapter les conditions de crédit à la situation de l'entreprise. En particulier, lorsque cette dernière est en difficulté, la banque lui apportera son soutien en fixant un remboursement sur les emprunts tenant compte de ses difficultés financières. Les banques ont donc intérêt, sur le long terme, à opter pour des contrats de crédit qui s'adaptent à la situation des emprunteurs plutôt que pour des contrats de dette standards rigides et qui ne prennent pas en compte l'aspect temporel et dynamique de la relation de crédit. Plus précisément, en développant le modèle de Gale et Hellwig sur deux périodes, Webb montre que le contrat optimal pour le financement de deux investissements successifs (de durée une période) indépendants n'est pas une séquence de contrats de dettes classiques avec des paiements fixes aux deux périodes. De fait, il analyse un contrat incitateur sur deux périodes caractérisé par des paiements contingents au résultat du premier projet en première période, un montant emprunté en seconde période contingent au remboursement de la première période et un paiement fixe à la fin de la seconde période dans le cas où l'emprunteur ne fait pas faillite. Il montre alors que ce contrat domine la stratégie consistant à engager deux contrats de dettes classiques successifs pour chacun des deux projets d'investissement en raison d'économies de coût de vérification. L'argument central est le fait qu'il existe une perte liée à l'utilisation d'une séquence de contrats de dette standards puisque, dans ce cas, les deux financements des deux projets sont totalement indépendants et la banque n'utilise donc pas en $t = 0$ les caractéristiques du second projet pour réduire les coûts de vérification en $t = 1$. Ainsi, en liant le financement des deux contrats, l'entrepreneur aura une incitation plus forte à révéler le résultat exact de son premier projet. La supériorité du contrat bipériodique sur la séquence de contrats de dette standards explique pourquoi les firmes ayant de bonnes perspectives sur leurs performances futures préfèrent engager des relations de long terme avec leurs banques plutôt que de

chercher des financements successifs indépendants de leurs investissements (561).

b

Relations de clientèle et rationnement de crédit.

On vient de voir que les relations de clientèle permettent d'améliorer les méthodes de score de la banque ainsi que la structure du contrat de crédit. De là, il résulte une amélioration générale de l'évaluation du risque des emprunteurs. C'est pourquoi les relations de clientèle impliquent une augmentation de l'efficacité du rationnement de crédit. En effet, la banque rationne certainement moins les emprunteurs, particulièrement, les « bons » emprunteurs, avec lesquels elle a engagé des relations de clientèle. Ainsi, le rationnement de crédit se fait au détriment des entreprises de risque élevé ne voulant pas entretenir de relations de clientèle avec une banque de peur d'être reconnues comme risquées. On retrouve là le résultat traditionnel des premiers modèles ayant traité des relations de clientèle dans la banque, ces modèles étant des modèles de rationnement de crédit.

Ainsi, pour Hodgman (1963), le coût et la disponibilité du crédit pour un client dépendent de l'existence et de la nature d'une relation de dépôt entre ce client et la banque. En effet, lorsque les banques ont pour objectif de maximiser leur profit sur le long terme et pas seulement sur le court terme, les relations de clientèle entre les « emprunteurs – déposants » et leurs banques conduisent ces dernières à favoriser leurs anciens clients. Par conséquent, une banque rationnera essentiellement les nouveaux clients emprunteurs qui ne sont pas déposants à la banque et avec lesquels elle n'a donc pas encore engagé de relations de clientèle (562).

Dans le prolongement du travail de Hodgman, Fried et Howitt (1980) expliquent le phénomène de rationnement de crédit par l'existence de relations de clientèle. Pour ces deux auteurs, en effet, l'intérêt des relations de long terme est qu'elles permettent l'existence de contrats implicites impliquant un partage optimal du risque de taux entre l'emprunteur et la banque (563). Sous l'hypothèse d'existence de coûts de changements de banque, la banque va en fait assurer ses clients, par le contrat implicite, contre le risque de variation

(561) – Certains tests empiriques confirment le fait que le financement bancaire est très souvent considéré par les agents comme préférable au financement direct par les marchés. Ainsi, James (1987) montre que le cours boursier réagit positivement et fortement à l'annonce d'un contrat bancaire alors que la réaction est nettement moindre à l'annonce d'autres formes d'endettement.

(562) – On peut noter que Hodgman analyse les relations de clientèle en se focalisant sur l'existence d'une double relation entre la banque et le client. Pour lui, comme notamment pour Fama (1985), c'est le fait que l'emprunteur soit également un déposant qui caractérise véritablement la relation de clientèle dans la banque.

(563) – On suppose que l'emprunteur est adverse au risque et la banque neutre au risque.

des taux d'intérêt. Il découle de ce modèle une rigidité « endogène » et « optimale » du taux d'intérêt dont l'implication immédiate est la possibilité d'un rationnement de crédit. Ce rationnement dépendra là encore de la longueur des relations de clientèle, les anciens clients de la banque étant moins rationnés que les nouveaux.

Stiglitz et Weiss (1983), quant à eux, étudient, dans un cadre d'asymétrie d'information ex ante, les effets incitateurs de la menace faite par la banque de refuser un crédit pour les périodes suivantes en cas d'échec de l'investissement. Plutôt que d'augmenter le taux d'intérêt sur le crédit, les banques choisissent donc comme stratégie de représailles de ne plus accorder de prêts aux entreprises défaillantes. La cessation des relations avec l'emprunteur est la meilleure sanction car, comme les deux auteurs l'ont montré dans leur article de 1981, une augmentation du taux d'intérêt peut se traduire par une diminution de l'espérance de profit de la banque en raison des effets de sélection adverse et d'aléa moral ; Stiglitz et Weiss démontrent qu'il peut exister un équilibre dans lequel il y a cessation des relations entre la banque et l'emprunteur lorsque celui-ci ne rembourse pas son crédit. Cela nécessite que les entreprises défaillantes ne puissent obtenir de prêt dans aucune autre banque : dans ce cas, toute entreprise défaillante est donc totalement rationnée. C'est précisément la crainte d'un rationnement de crédit futur et d'une fin des relations de clientèle avec la banque qui réduit les comportements d'aléa moral de l'emprunteur et, de ce fait, limite la probabilité de rationnement de crédit de ce dernier.

B

Relations de clientèle

et forme de la concurrence sur le marché de crédit.

Les relations de clientèle sont certes source d'efficience du marché du crédit. Cependant, elles sont également à l'origine d'un pouvoir de marché en faveur des banques sur leurs anciens clients, ce pouvoir de marché créant une inefficience dans l'allocation du capital sur le marché du crédit. C'est pourquoi il convient de nuancer les conclusions précédentes en notant que les relations de clientèle accroissent bien l'efficience de ce marché à condition de réduire suffisamment l'inefficience engendrée par le pouvoir de marché ou à condition qu'elles n'aient pas d'effets durables sur la structure de ce même marché.

a

**Relations de clientèle, pouvoir de marché
et inefficience de l'allocation du capital sur le marché du crédit.**

Une approche originale des relations de clientèle a été développée par Sharpe 1990. Il considère les relations de clientèle comme une conséquence endogène d'une asymétrie d'information entre les banques et tente de déterminer les effets de ces relations de clientèle en terme d'efficience du marché du crédit.

1

L'asymétrie d'information et le pouvoir de marché en résultant.

Contrairement aux modèles de Haubrich et Webb, l'information n'est pas asymétrique entre la banque et l'emprunteur mais entre les banques concurrentes sur le marché de crédit. En effet, seule la banque ayant accordé le crédit peut observer, sans erreur, le résultat du projet de l'emprunteur. Les autres banques n'ont accès qu'à une information imparfaite sur ce résultat. Ces banques « externes » (564) n'observent donc qu'un signal imparfait du résultat des firmes avec lesquelles elles ne sont pas liées. L'intuition économique derrière cette asymétrie d'information est claire : la banque ayant accordé le crédit en première période apprend plus que les autres banques sur son client. Les relations de clientèle donnent donc naissance à une « information interne ». Cela implique qu'une banque peut évaluer les perspectives d'avenir de son client avec plus de fiabilité que les autres banques. En fait, l'asymétrie d'information entre les banques concurrentes crée un pouvoir de marché pour une banque sur ses anciens clients. En effet, une firme reste dans la même banque pas seulement parce que cette banque la traite particulièrement bien mais surtout parce que la firme est « capturée » en terme d'information par sa banque (565). De fait, il est très difficile pour une firme peu risquée de persuader les autres banques qu'elle est effectivement de faible risque car seule sa banque possède une information parfaite sur ce risque. Ainsi, les banques ne pourront pas, en raison d'un effet de sélection adverse, attirer les « bons » clients d'une autre banque sans attirer également des « mauvais » clients. C'est donc à cause de leurs désavantages en terme d'information que les banques ne peuvent pas offrir aux clients d'une autre banque les mêmes conditions de crédit (en particulier, le même taux d'intérêt) que cette dernière.

(564) – Sharpe utilise le terme « outside banks ».

(565) – Sharpe emploie le terme « informationally captured ».

2**Contrats d'équilibre et inefficience de l'allocation du capital
sur le marché du crédit.**

Dans un cadre d'asymétrie d'information, l'équilibre du marché de crédit implique qu'en seconde période, chaque banque fasse un profit nul sur ses anciens clients ayant échoué en première période et un profit positif sur ses anciens clients ayant réussi. Au total, donc, chaque banque fait un profit en seconde période. Comme le marché bancaire est supposé parfaitement concurrentiel, les banques vont se comporter comme des concurrentes en prix (de type Bertrand-Nash) et vont, par conséquent, « dissiper » leur rentes anticipées de seconde période en pratiquant une tarification plus « agressive », donc des taux d'intérêt plus faibles, en première période. Ainsi, le taux d'intérêt d'équilibre de première période est inférieur au taux concurrentiel sur les nouveaux clients. Les banques vont donc faire des pertes sur leurs nouveaux clients, la valeur de l'espérance de ces pertes devant être égale à la valeur des rentes dégagées en seconde période sur les anciens clients ayant réussi.

Finalement, l'équilibre du marché du crédit implique trois faits essentiels en comparaison avec l'équilibre concurrentiel :

- (i)** des taux d'intérêt plus faibles et des prêts plus importants à toutes les firmes en première période ;
- (ii)** des taux d'intérêt plus élevés et des prêts moins importants en seconde période aux firmes ayant réussi en première période ;
- (iii)** des taux d'intérêt de seconde période identiques pour les firmes ayant échoué en première période.

Ces trois implications traduisent clairement l'existence d'une inefficience liée aux caractéristiques de l'équilibre et, plus généralement, à l'existence d'une asymétrie d'information entre les prêteurs. En effet, la fonction d'investissement est décroissante dans le taux d'intérêt. De plus, l'équilibre du marché du crédit implique des taux d'intérêt plus faibles, donc des prêts plus importants, en première période et des taux plus élevés, donc des prêts moins importants, en seconde période. Par conséquent, l'inefficience dans l'allocation du capital vient du fait que trop de capital est alloué en première période lorsque la banque a le moins d'informations sur les firmes alors que trop peu de capital est alloué en seconde période aux firmes ayant réussi en première. Cela résulte de l'utilisation par les banques « internes » du pouvoir de marché dont elles disposent sur cette catégorie de clients. De ce fait, il est clair que les firmes risquées consomment une part du capital alloué plus importante que dans le cas concurrentiel standard. Par ailleurs, plus il est difficile pour

les banques « externes » d'observer l'information (parfaite) de la banque « interne », plus le pouvoir de monopole de la banque interne sur ses anciens clients ayant réussi est fort et, par conséquent, plus l'inefficience résultant de ce pouvoir de monopole est importante. Ainsi, une implication immédiate du modèle de SHARPE est la justification d'une segmentation du marché du crédit en fonction de la taille des entreprises. En effet, il semble naturel de supposer qu'une information relativement fiable sur les grandes entreprises (firmes multinationales par exemple) est disponible pour toutes les banques présentes sur le marché. Ainsi, pour ces grandes entreprises, l'information privilégiée dont dispose la banque « interne » ne diffère sans doute pas beaucoup de l'information générale dont disposent toutes les autres banques. Dans le cas des grandes firmes, on a en fait une absence de pouvoir de marché sur cette catégorie d'anciens clients. Le pouvoir de marché lié aux relations de clientèle étant faible, il est clair, d'après l'analyse précédente, que l'inefficience dans l'allocation du capital prêté par les banques sera réduite voire annulée puisque l'équilibre du marché du crédit se rapproche de l'équilibre concurrentiel. Par contre, il semble que l'information générale disponible dans l'économie sur la qualité des petites entreprises (par exemple, les P.M.E) ne soit pas très précise et très fiable, la banque « interne » ayant alors certainement une information privilégiée très importante par rapport aux autres banques. Dans le cas des petites firmes, on aura un pouvoir de monopole important de la banque sur ces anciens clients et une influence élevée de l'allocation du capital.

Le marché du crédit serait donc segmenté selon la taille des firmes qui empruntent. On pourrait alors distinguer un marché du crédit aux grandes firmes très concurrentiel et efficient et un marché du crédit aux petites firmes moins concurrentiel et moins efficient dans la mesure où, sur ce marché, les banques sont capables d'extraire des profits sur leurs anciens clients.

3

Les contrats implicites fondés sur la réputation de la banque :

Un moyen de réduire l'inefficience de l'allocation du capital

sur le marché du crédit.

L'inefficience dans l'allocation du capital qu'engendrent les relations de clientèle peut être réduite par l'émergence de contrats implicites entre la banque et les firmes. Afin d'introduire l'idée d'accord implicite entre la banque et l'emprunteur, on suppose que dans chacune de ses offres à un nouveau client, la banque peut introduire une « promesse » spécifiant le taux pratiqué la période suivante, contingent au résultat de la firme en première

période. On appelle « contrat implicite » l'offre de taux de première période plus la « promesse » sur les conditions d'emprunt de seconde période. Bien évidemment, ces contrats implicites sont des contrats purement économiques ne reposant sur aucune base légale. Ils ne seront donc exécutés par les deux parties que si elles y ont intérêt. C'est pourquoi l'existence de contrats implicites doit être rendue crédible par la banque. En fait, une réputation se crée sur la fiabilité d'une banque à respecter ses engagements. Comme le marché bancaire est supposé parfaitement concurrentiel, cette réputation n'a intérêt à être soutenue que si des flux de profits sont dégagés dans le temps. Ainsi, une banque doit gagner des flux de profit positifs dans le temps grâce aux contrats implicites pour qu'elle soit incitée à respecter les accords implicites passés plutôt qu'à les renier et utiliser son pouvoir de monopole sur ses anciens clients. Le problème est donc de déterminer la forme de contrats implicites qui incite les banques à respecter leurs engagements passés. Ce contrat sera tel que le gain de court terme que fait la banque lorsqu'elle renie ses engagements est inférieur à l'ensemble des flux de profit positifs dégagés par la banque sur le long terme lorsqu'elle respecte les accords implicites.

Sharpe montre que l'équilibre concurrentiel sur le marché des crédits bancaires est caractérisé par des contrats implicites entre les firmes et leurs banques (566). Cet équilibre avec contrats implicites implique une réduction de l'inefficience de l'allocation du capital prêté par les banques. De fait, moins de capital est alloué aux firmes nouvelles et plus de capital est alloué aux anciennes firmes de bonne qualité. Ainsi, lorsque des contrats implicites sont engagés entre la banque et l'emprunteur, les taux d'intérêt se rapprochent de ceux prévalant dans le cas d'information symétrique pour toutes les banques. Par conséquent, s'il est vrai que les relations de clientèle créent un pouvoir de marché en faveur des banques « internes » sur leurs anciens clients et, par suite, une inefficience dans l'allocation du capital sur le marché du crédit, cette inefficience peut être réduite lorsque ces relations de clientèle prennent la forme particulière de contrats implicites.

(566) – L'équilibre avec contrats implicites est également caractérisé par des profits positifs pour la banque. En effet, ces profits sont les profits nécessaires pour que la banque soit incitée à respecter les contrats implicites et à maintenir ainsi une bonne réputation.

En outre, l'existence de l'équilibre avec contrats implicites et le partage du surplus entre la banque et la firme dépendent, entre autres, du degré de l'avantage informationnel qu'à la banque sur ces concurrents, de la vitesse de changement des réputations et du taux d'actualisation de la banque.

b**Les relations de clientèle ont-elles un effet durable sur la structure du marché de crédit (567).**

Aucun des modèles cités précédemment ne permet d'analyser les effets des relations de clientèle sur la structure du marché de crédit (568). Par conséquent, les effets des relations de clientèle sur la structure du marché des crédits nécessitent un autre cadre d'analyse afin de traiter les problèmes d'entrée et de dynamique de marché. Eber (1993) développe un modèle dynamique de concurrence imparfaite avec coût non récupérable. Une notion centrale du modèle est la notion de coût non récupérable à la sortie de l'industrie. C'est précisément elle qui donne à l'approche proposée toute sa pertinence pour l'analyse des effets des relations de clientèle sur la structure du marché du crédit. Afin de diminuer les coûts de contrôle de l'emprunteur mais aussi afin de bénéficier d'un pouvoir de marché sur ses anciens clients, la banque engage une relation de clientèle en investissant un montant fixe par emprunteur nouveau. Ce coût, que l'on peut interpréter comme un investissement en relations de clientèle n'est pas récupérable entièrement en cas de sortie de l'industrie : c'est donc un coût non récupérable. Ce coût non récupérable peut en fait se décomposer en deux coûts non récupérables : un coût non récupérable lié exclusivement à la spécificité du capital résultant de l'investissement en relations de clientèle et un coût non récupérable lié au temps, donc à la durée d'amortissement de ce même investissement. Le premier est dû au fait que, si l'investissement en relation de clientèle se traduit par une amélioration de l'information disponible au départ pour la banque, on considère que cette information privilégiée est une information interne, c'est-à-dire qu'elle aura une valeur inférieure pour les autres banques. En cas de sortie de l'industrie, la banque ne récupère, par conséquent, qu'une partie de ses coûts d'investissement en relations de clientèle. Le second coût non récupérable est simplement le résultat de la perte de valeur liée à l'actualisation et provient donc du fait qu'il faut un certain temps à une banque pour pouvoir quitter le marché.

Le problème économique qui se pose est de déterminer l'impact des deux coûts non récupérables qu'engendrent les relations de clientèle sur la structure du marché du crédit. Pour résoudre ce problème, on utilise une démarche originale consistant à intégrer la notion de relation de clientèle issue des modèles d'aléa moral de la théorie bancaire dans le

(567) – Lorsque l'on parle de structure de marché, on considère essentiellement le nombre de banques présentes sur le marché et leurs stratégies en terme de tarification.

(568) – En effet, dans les modèles de Haubrich et de Webb, la structure du marché de crédit est triviale puisqu'elle consiste en un monopole naturel (en raison d'économies d'échelle liées aux coûts de transaction et à la diversification) réalisant des profits nuls (en raison de la menace d'entrée des concurrents potentiels). En outre, dans le modèle de Sharpe, la structure du marché de crédit est exogène.

modèle dynamique de concurrence imparfaite proposé par MacLeod (1987) et relevant de la théorie de l'organisation industrielle. En justifiant les relations de clientèle par la possibilité de bénéficier d'une réduction des coûts de contrôle comme le fait Haubrich, on peut effectivement spécifier les structures de marché d'équilibre, étudier les comportements de dissuasion à l'entrée et, surtout, déterminer les effets des différents types de coûts non récupérables sur l'ensemble des structures de marché d'équilibre.

Le premier résultat fondamental est que les coûts non récupérables liés au temps et les coûts non récupérables liés à la spécificité de l'investissement en relations de clientèle ont des effets opposés sur la structure de marché d'équilibre. Contrairement aux premiers, les seconds ont une influence positive sur la taille de l'ensemble des équilibres de marché et sur le nombre de banques présentes sur ce marché et une influence négative sur l'incitation de ces banques à adopter des stratégies de dissuasion à l'entrée. L'état final des relations de clientèle sur la structure du marché du crédit est donc ambigu. Cette ambiguïté justifie la tentation d'un recours aux tests empiriques. Cependant, l'existence des coûts non récupérables et, plus encore, l'influence de ces coûts sur la structure de marché sont difficilement testables. Certes, il semble que les coûts non récupérables soient bien importants dans la banque mais aucun test, pour le moment, ne permet vraiment d'appréhender leur existence et leurs effets sur la structure de marché.

Le second résultat fondamental du modèle est le suivant : dans le cas où les coûts non récupérables liés au temps deviennent très faibles, toute structure de marché dans laquelle les banques en place font un profit positif est une structure d'équilibre. Ce résultat est intéressant dans la mesure où il explique la possibilité de la présence sur le marché du crédit d'un grand nombre de petites banques peu efficaces mais réalisant des profits. De façon plus générale, le modèle montre donc que l'existence de relations de clientèle entre les banques et les emprunteurs peut expliquer une imperfection de la concurrence et une certaine inefficacité sur le marché du crédit. Le cas limite d'absence de coûts non récupérables liés au temps s'interprète comme le cas où il y a parfaite flexibilité des décisions de la banque dans le cadre de MacLeod ou, de façon similaire, comme le cas où les coûts non récupérables sont « brièvement non récupérables » (569). Il est particulièrement pertinent puisque, dans la réalité, il semble bien que les décisions des banques, notamment en terme de tarification, soient assez flexibles (570).

(569) – Pour une analyse en terme de coûts « brièvement non récupérables », on peut se référer au modèle de Davies (1991).

(570) – Ainsi, les banques commerciales ajustent-elles rapidement leur taux de crédit en réponse à des modifications des taux directeurs de la Banque Centrale.

Les relations de clientèle ont, par conséquent, des effets durables sur la forme de la concurrence et la structure du marché de crédit. Ainsi, si les relations de clientèle impliquent des gains d'efficacité dans le fonctionnement du marché du crédit, elles peuvent aussi impliquer une inefficacité durable de la structure de ce même marché.

En guise de conclusion, on notera que la notion de relation de clientèle entre les banques et les emprunteurs paraît aussi difficile à analyser pour le théoricien qu'elle semble facile à appréhender pour le praticien !

En effet, on a vu que les analyses théoriques fournissent des résultats qui sont loin d'être sans ambiguïté. Ainsi, les relations de clientèle sont-elles à la fois source d'efficacité grâce à des économies de coûts de contrôle des emprunteurs et source d'inefficacité en raison du pouvoir de marché qu'elles créent en faveur des banques sur leurs anciens clients. Aussi, comme on le montre, dans la dernière partie, l'effet final de ces relations de clientèle sur la structure des marchés bancaires est-il incertain. En outre, les analyses empiriques disponibles ne donnent que très peu d'indications, la notion de relation de clientèle en tant que coût non récupérable étant particulièrement difficile à tester.

Cette absence de conclusions claires concernant les effets des relations de clientèle sur le fonctionnement du marché du crédit, tant dans la littérature théorique que dans la littérature empirique, pose bien évidemment un problème pour les autorités. Ces dernières ont, en effet, besoin de savoir avec précision dans quelle mesure les relations de clientèle sont un facteur d'efficacité ou d'inefficacité du marché du crédit et de quelle manière ces relations influencent la structure du marché bancaire afin de pouvoir mener la politique réglementaire adéquate. Ainsi, s'il s'avérait que, comme peut le laisser supposer notre modèle, les relations de clientèle impliquaient un marché bancaire faiblement concurrentiel et une structure de ce marché caractérisée par un grand nombre de banques réalisant des profits positifs, il est clair qu'une politique de réglementation de type « prix limite » visant à plafonner les taux sur les crédits permettrait de réduire les « superprofits » des banques issus de leur pouvoir de marché. L'analyse des relations de clientèle paraît donc particulièrement importante pour les problèmes de réglementation des marchés bancaires.

Section II

Définir la politique de commercialisation.

La politique de commercialisation concerne principalement la banque de détail mais également les services financiers spécialisés. L'objectif d'une politique de commercialisation est d'adapter les canaux de distribution des produits aux préférences des clients afin de les contacter et de leur vendre des produits avec le maximum d'efficacité. En tenant compte du

fait que les banques vendent directement leurs produits aux clients, la politique de commercialisation implique en premier lieu de savoir quelle place respective assigner au réseau de guichets et aux nouveaux canaux de distribution. Et, si le choix d'un réseau de guichets a été effectué, il faut, en second lieu, veiller à entretenir ce réseau.

Paragraphe I

Les supports et les objectifs de l'action commerciale.

A

Vis-à-vis des outils à disposition.

a

Le service.

La banalisation des produits bancaires et la relative uniformité des prix conduisent la banque à se différencier autrement, couramment par la qualité de son service. Bien sûr, il reste toujours quelques magnifiques produits d'appel tel que les livrets défiscalisés, mais ils sont proposés seulement pour quelques heureux bénéficiaires.

Pour la grande majorité des banques, il s'agit de proposer une offre adéquate afin de répondre au mieux et au meilleur moment aux attentes des clients. Il s'agira alors de mener une campagne de communication dont l'objectif sera d'éclairer le client sur les procédures mises en oeuvre afin de faciliter l'accomplissement de sa demande. La politique commerciale engagée pourra rechercher l'augmentation de la qualité et la rapidité du traitement des opérations. L'accent sera mis sur les actions du client lui-même dans le processus de réalisation de sa demande.

La façon dont les clients participent à la réalisation des services (la servuction) change leur perception de la qualité des services, cette notion prenant toute son importance avec l'installation de plus en plus fréquente d'automates bancaires dans les agences.

Le client doit donc être parfaitement au courant des tâches qu'il aura à effectuer : il doit être en confiance tout au long de l'opération. La banque ne doit donc pas laisser le client dans l'incertitude ; il faut qu'il ait la possibilité de se renseigner auprès d'un personnel bancaire compétent et disposé à lui fournir des renseignements : pour cela, la banque doit former son personnel.

Le service, pour rester de qualité, doit donc parvenir à un équilibre entre les tâches que les clients doivent réaliser et celles qui restent à la charge de la banque.

Le produit bancaire doit aussi s'inscrire dans cette logique et participer à la réalisation des objectifs commerciaux. Si, comme nous l'avons dit précédemment, le produit en lui-même est indifférentiable, il en est autrement sur ses caractéristiques extérieures telles que le nom, l'habillage, la présentation et la mise en valeur.

La création et la gestion d'un produit doivent répondre à une nécessité formulée consciemment ou non par le client. Le produit doit donc apparaître désirable dans tel établissement plutôt que dans tel autre. C'est là toute la problématique de la politique commerciale qui doit miser sur le bon produit au bon moment et de la meilleure façon.

b

La satisfaction.

La satisfaction d'un acheteur dépend de la performance perçue du produit et des attentes préalables du client. Un client satisfait reste fidèle plus longtemps, achète davantage, se détermine moins à partir des prix et s'exprime favorablement sur l'entreprise. C'est pourquoi de plus en plus de banques se préoccupent aujourd'hui de mesurer et d'améliorer la satisfaction de leur clientèle. La satisfaction est à la fois un objectif et un outil de marketing.

La satisfaction des clients est, dans toute activité, obtenue par une offre bien adaptée, mais dans le domaine de la banque et des services en général, la question de la prise en compte des attentes suscite une attention spécifique.

Il existe une relation entre la satisfaction et la fidélité du client. Cette relation est difficilement quantifiable et n'est pas non plus exclusive.

En effet, les études menées par les banques ont montré que le levier de satisfaction, permettant une fidélité, ne se déclenche qu'au-delà d'un niveau très élevé de satisfaction. Ainsi, une politique commerciale menée exclusivement sur l'accroissement de la satisfaction du client, n'est pas suffisante pour garantir une augmentation, voire une stabilité, du taux de rétention des clients bancaires.

Cette tendance est d'autant plus importante sur des marchés banalisés, comme celui de la banque, car les clients ont à leur disposition une offre relativement riche en matière de prestataires de services, ceux-ci présentant tous à peu près le même profil de satisfaction.

C'est pour cela que la perte d'un client n'est pas nécessairement due à une insatisfaction que ce client aura ressentie vis-à-vis de la banque.

Le client peut quitter la banque sans raison particulière. Des études réalisées ont d'ailleurs montré que c'était majoritairement le cas. Par contre, une caractéristique essentielle mais décidément regrettable pour le banquier se manifeste par l'enclin du client à

raconter son expérience négative. Ainsi, un client satisfait ne parlera pas ou très peu de son expérience positive, mais au contraire, un client mécontent racontera à qui veut l'entendre les motifs de son insatisfaction. Cette tendance contribue dès lors à diminuer en permanence l'image de la banque, cette dernière a donc intérêt à satisfaire le maximum de ses clients, voire tous.

Si, comme nous venons de le voir, les banquiers peuvent compter, comme dans la plupart des entreprises prestataires de services, sur le bouche à oreille pour faire partager les expériences vécues, ils doivent absolument impliquer toute la chaîne de prestation du service. Le phénomène du bouche à oreille est la meilleure des publicités et en conséquence, un objectif primordial de la politique commerciale est de faire prendre conscience de l'importance du rôle de chacun dans toute la chaîne au contact direct ou indirect du client, du guichetier au service des réclamations, en passant également par les concepteurs de l'automate bancaire ; tout ceci afin d'accroître la satisfaction des clients laquelle, si elle n'assure pas une hausse de la fidélité, n'en permet pas moins de réduire l'envie de changement des clients.

Il semble naturel de considérer la satisfaction des clients comme déterminant de leur fidélité à un fournisseur, mais pour affiner l'analyse, il convient, surtout dans le secteur bancaire, de s'intéresser aux contributions respectives de la satisfaction globale et de l'inertie dans la fidélité et aux parts relatives de l'impact de l'image et des performances réelles de l'offre dans la satisfaction globale.

D'après l'étude Research International (2002) (571), dans le secteur bancaire, l'indice de satisfaction globale est relativement élevé (moyenne de 7,4 sur 10 ; banque la mieux notée 8,0, la moins bien notée, 7,1). Relativement à la performance, mesurée sur 15 items, les meilleures notes sont obtenues pour : l'amabilité des conseillers (7,6), l'accueil (7,4) et les suivis des dossiers (7,3) alors que deux points sont, à nouveau, soulignés comme plus négatifs ; l'attente (6,5) et les tarifs pratiqués (6,4), mais ce dernier facteur ne pèse que pour 8 % dans la satisfaction globale. Mais la satisfaction globale ne résulte que peu de la bonne qualité des prestations car c'est l'image de la banque qui explique 65 % de la satisfaction globale, contre 35 % pour les performances. La contribution de l'image est due essentiellement à la proximité (36%), la confiance et l'autorité de la marque (14 %) et la réputation et capacité d'innovation (15 %).

(571) – « Relation client : où en est le secteur bancaire ? », Marketing Magazine, n° 70, 01/06/2002, Etude Research International, p. 70

Par ailleurs, la fidélité ne semble pas une simple résultante de la satisfaction globale car les facteurs d'inertie expliquent 41 % de la fidélité, chiffre moyen qui recouvre une grande diversité. Un rapprochement de la fidélité et de la satisfaction peut servir de base à une segmentation de type nouveau :

- Les « Avocats » (42 %), clients à la fois fidèles et satisfaits, véritables porte-drapeaux de leur banque,
- Les « Otages » (15 %), clients insatisfaits mais retenus à l'enseigne,
- Les « Terroristes » (29 %), insatisfaits qui quitteront leur banque à la première occasion,
- Les « Mercenaires » (14 %), catégorie instable mais satisfaite de leur banque.

C

L'image institutionnelle et la notoriété.

Tout établissement de crédit se présente obligatoirement sur les différents marchés de capitaux. L'accès à ces marchés est fonction de la notoriété de l'intervenant, notoriété qui dépend principalement de sa notation et qui conditionne le coût des emprunts. De même, pour certains métiers comme celui de la banque de financement et d'investissement, la réputation constitue un avantage concurrentiel déterminant et elle s'acquiert au fil des années (572).

La stratégie de marque constitue l'une des priorités actuelles des politiques marketing et financières. La marque joue plusieurs rôles auprès des clients et des entreprises. Elle constitue un outil essentiel de différenciation. Il s'agit d'un actif intangible qui doit être géré avec soin.

Pour certains clients, l'image de la banque est l'assurance d'une meilleure qualité, pour d'autres, elle permet d'affirmer sa personnalité vis-à-vis de son entourage. Physiquement, elle se traduit par une mise en disposition et par une décoration identique dans les agences d'un même groupe. De cette manière, le client repère facilement la banque et, par exemple sur son lieu de vacances, il reconnaîtra aisément l'agence de sa banque.

Cette volonté de créer une sorte de standard de reconnaissance n'est pas réservée uniquement au secteur bancaire, tous les groupes disposant de plusieurs points de vente s'attachent à rendre ceux-ci visuellement identiques, afin de faciliter la recherche du client et permettre en plus d'ancrer cette image dans la tête des individus qui se rendent plus volontiers dans un lieu connu et donc rassurant.

(572) – Sylvie de Coussergues, Gestion de la banque, opcit, p. 240.

Dans le monde bancaire, l'image de la banque est primordiale au maintien de la clientèle. Ainsi, à la suite du scandale du déficit du Crédit Lyonnais, celui-ci a dû recourir à d'importants messages publicitaires et à des efforts de communication afin de ne pas subir une détérioration trop forte de son image.

L'image de marque assure une garantie pour le client qui peut s'attendre à une qualité de prestation équivalente dans n'importe quel point de vente de sa banque. Cette image représente alors une différenciation entre les banques, et celles-ci cherchent à l'accentuer puisqu'elles ne peuvent le faire sur les produits eux-mêmes. La notoriété bénéficie à tous les points de vente de la banque.

Il est certain que le client bancaire est influencé par la notoriété véhiculée par la banque, celle-ci est une garantie d'un niveau de qualité supérieure à ce qu'il pourrait attendre d'une enseigne concurrente. En conséquence, il apparaît que cette notoriété joue un rôle décisif dans le processus de fidélisation, et dans tous les cas, l'absence d'une marque forte interdit toute tentative de conduire une politique de fidélisation.

Les « bancassureurs », aujourd'hui, capitalisent d'abord sur leur image de banquier en raison de la puissance de leur marque. La plupart des clients bancaires n'associent pas la marque de leur banque à celle d'un prestataire d'assurance. L'une des stratégies privilégiées consiste à repositionner la marque principale pour qu'elle englobe la capacité de l'établissement à répondre à tous les besoins financiers de leurs clients. Halifax et Woolwich, en Grande Bretagne, se sont clairement positionnés de cette façon.

d

Le prix.

La saturation du marché a entraîné un phénomène de multibancarisation et a intensifié la concurrence. Ces éléments ont contribué à accroître l'importance des politiques de fidélisation dans les banques. Des études ont en effet montré qu'il était cinq fois moins coûteux pour la banque de mettre en oeuvre une stratégie de fidélisation plutôt qu'une stratégie de conquête.

La fidélisation permet également d'amortir les coûts d'acquisition sur la durée de vie de la relation avec le client.

Fidéliser un client permet de lui proposer plus de produits et ainsi de contribuer à augmenter sa rentabilité pour la banque. La banque bénéficie aussi d'une réduction de ses coûts de prospection et elle peut mieux exploiter ses bases de données et réaliser des gains de productivité, en répondant précisément aux attentes du client. Les moyens de

communication sont en effet mieux utilisés et à propos lorsqu'ils se destinent à un client acquis.

Rendre un client fidèle répond aussi au souci de le rendre plus rentable. A cette fin, la tarification des services doit lui paraître claire ; le client souhaite toujours savoir pourquoi et pour quelles contreparties il doit payer, Le prix qu'il paye pour telle prestation de services semblera justifié à un client et pas à un autre. C'est donc vers un effort de communication et d'explication que les banques doivent s'orienter afin de conserver leur clientèle. L'activité bancaire résultant de cette politique de fidélisation doit s'entendre comme étant une politique de long terme ; à ce titre elle doit chercher à créer une relation durable avec ses clients.

Dans cette optique, la banque peut se permettre de créer des produits déficitaires ou peu profitables pour une certaine catégorie de clients, comme par exemple en France, les prêts étudiants, avec comme objectif de fidéliser cette clientèle maintenant et de rentabiliser cette relation à plus long terme.

B

Vis-à-vis des clients.

Une orientation marketing bien conçue repose sur des relations étroites avec les clients pour les informer et les impliquer dans le processus de construction de l'offre. Il s'agit de faire des clients la préoccupation centrale de l'entreprise. Cela suppose de les satisfaire à travers une réflexion sur la valeur et la qualité, afin d'intensifier la relation avec eux et de les fidéliser (573). On peut ainsi développer un marché et pas seulement un produit. La valeur est définie comme la différence entre la valeur globale et l'ensemble des coûts.

Le processus de création de valeur implique de choisir, fournir et communiquer une valeur supérieure aux clients visés. La chaîne de valeur permet d'identifier les activités-clés susceptibles de créer de la valeur et d'analyser les coûts dans un domaine d'activité donné.

a

La dichotomie valeur perçue, valeur réelle.

Un principe essentiel de la relation entre le client et la banque repose sur le concept de valeur. Il faut savoir qu'un client sera fidèle s'il bénéficie d'une création de valeur de la part de sa banque.

Aussi, les stratégies des banques doivent faire du client l'acteur principal de la création de valeur (574).

(573) – Kotler, Keller, Dubois, Manceau, opcit, p. 168.

(574) – Dominique Henri Perrin, Customer Connection, Banque Stratégie, n° 152, Septembre 1998, p. 26.

La banque cherche à travers une politique de fidélisation à rentabiliser sur le long terme sa relation avec le client. D'ailleurs, l'approche marketing doit être centrée autour du client. La rentabilité de la banque peut s'en trouver significativement améliorée (575).

Or, cette rentabilité dépend en partie de la fréquence d'achat de produits que le client va réaliser. Il faut donc cerner précisément les attentes du client.

Le client bancaire perçoit fondamentalement une idée des services qu'il va recevoir de sa banque. Il va essayer de mettre une valeur sur ces services et ainsi justifier ou non l'achat du produit bancaire en question. Si la valeur perçue lui paraît favorable malgré la tarification du service, le client achètera le produit ou le cas échéant, renouvellera son achat. Dans le cas contraire, il pourra être amené à vouloir changer de prestataire de services.

Deux difficultés apparaissent dès lors pour la banque. La première concerne la détermination et la recherche d'augmentation de la valeur perçue par le client du service proposé. La seconde repose sur un problème de rentabilité puisqu'il faut que la valeur réelle du produit soit inférieure tant que possible à la valeur perçue.

Lorsque la banque dispose d'un produit global dont la valeur perçue par le client bancaire est au moins légèrement supérieure à la valeur réelle, la banque peut compter sur une consommation de ce produit importante, rentable et fidélisable. Généralement, les banques intègrent à leur prestation de service un programme de fidélisation par des points cadeaux, par exemple en France.

Les programmes de fidélisation adoptent désormais les méthodes les plus pointues. Ils accompagnent de façon plus naturelle les comportements du consommateur (576).

Cette technique inventée par les compagnies aériennes a été reprise par les banques et semble rencontrer un certain succès auprès de la clientèle bancaire.

Il existe des moyens d'augmenter la valeur perçue que les clients ont sur un produit ou un service de la banque. C'est pourquoi les banques attachent beaucoup d'importance aux relations qu'elles entretiennent avec leur client ; en effet, une bonne connaissance de son client est un atout difficile à imiter par la concurrence. Le personnel doit alors informer le client, prendre contact avec lui, c'est-à-dire établir les liens. Pour cela, les moyens de communications mis à sa disposition doivent être utilisés efficacement pour garantir si possible un différentiel positif entre la valeur perçue et la valeur réelle.

La plupart des banques ont assimilé cette dichotomie entre la valeur réelle du service et la valeur perçue. En conséquence, la valeur que les clients perçoivent d'un service ou d'un produit sert à la banque comme référence pour en fixer la tarification.

(575) – Mercier et Pacini, Marketing objectif rentabilité, Banque n° 594, Juillet-Août 1998, p. 59.

(576) – Dominique Henri Perrin, Programmation de la fidélisation, Banque Stratégie, n° 164, Octobre 1999, p. 12.

Pour parvenir à connaître cette valeur perçue par les clients, les banquiers s'appuient sur des questionnaires qui portent sur plusieurs attributs bancaires comme le prestige de la banque, le prix des services, la taille du réseau, la qualité du conseil... Une fois les réponses des clients traitées, les banques savent pertinemment la valeur que les clients attachent à chacun de ces attributs, et elles peuvent alors plus facilement en fixer le prix en tenant compte à la fois de l'impact sur la satisfaction du client et évidemment des coûts.

b

Un modèle général de fidélisation autour de la solidarité.

Gabriel (2003, p. 70) explique que « l'enjeu consiste pour l'entreprise à intégrer dans sa réflexion stratégique liée à la création de valeur certains enjeux majeurs de la société de laquelle elle fait partie ».

Le challenge actuel d'une banque de particuliers s'articule autour de cinq défis majeurs suivants :

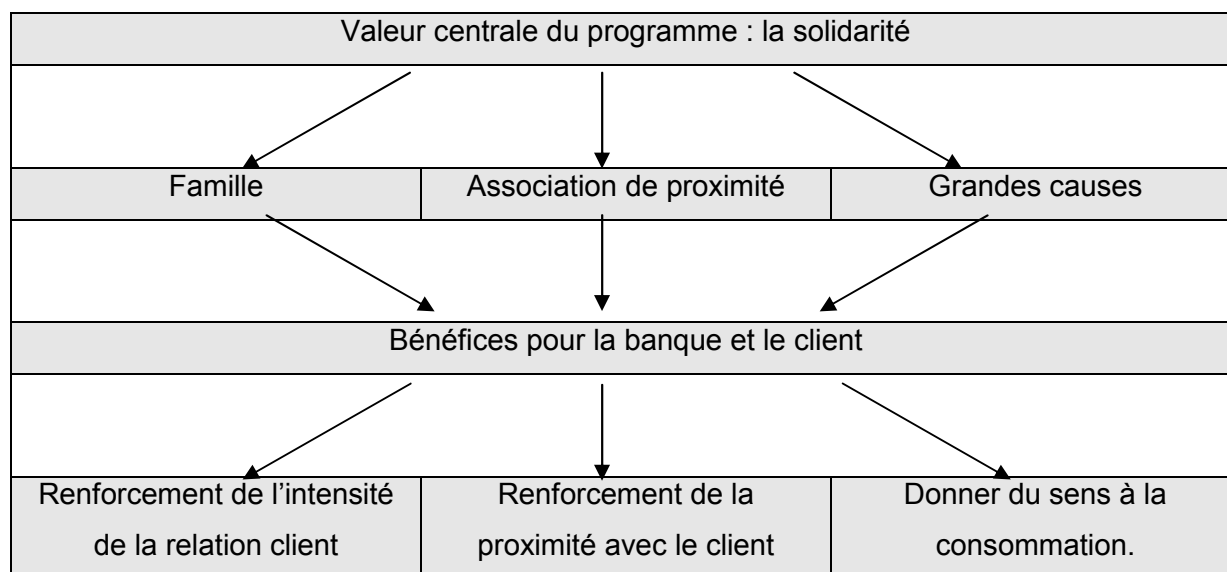
- Satisfaire les nouvelles attentes de sa clientèle ;
- Améliorer ses résultats d'exploitation ;
- Se différencier des enseignes concurrentes ;
- Démontrer sa proximité ;
- Qualifier son image de marque.

Un constat s'impose. La commercialisation des produits et services bancaires repose principalement sur la vente au coup par coup, produit par produit, en fonction des besoins financiers des clients sous réserve que ceux-ci les formulent par une demande explicite. Les banquiers pensent, à juste titre, que l'accroissement du taux de détention de produits financiers par un même client est suffisant pour renforcer l'attachement à l'enseigne.

Cette vérité trouve apparemment ses limites d'abord pour l'évolution des exigences de satisfaction manifestées par les clients qui souhaitent davantage de service pour eux-mêmes, mais aussi, désormais, pour leur « chère descendance », ensuite, par l'actuelle banalisation des offres bancaires et enfin, par la nécessité de consolider les résultats d'exploitation.

Le retour en force de la famille en tant que valeur refuge et l'avènement de la génération des jeunes en relation avec la banque, nous semblent constituer un terrain propice au développement d'une nouvelle offre centrée sur les valeurs motivant les clients et clients potentiels. Comme le note Bozzo (2003) (577) : « un consommateur fidèle devrait avoir un fort niveau d'engagement avec la marque ».

Proposition d'un axe de fidélisation centré sur la solidarité (578).



Paragraphe II

La distribution des produits bancaires.

Enfin aujourd'hui, l'enseigne de distribution est devenue pour le consommateur au moins aussi porteuse de sens que les produits et les marques qu'il vient y acheter : elle doit être crédible et légitime, et se porter garante de la qualité des produits qu'elle propose. Les acheteurs attendent de l'enseigne de distribution qu'elle remplisse également des fonctions d'information.

Dans le secteur bancaire, la variable distribution a été longtemps marquée par l'exclusivité traditionnelle du circuit que constitue le réseau d'agences de chaque établissement. Cette exclusivité incontestée jusqu'aux récentes évolutions est cependant remise en cause par les nouvelles formes de distribution et, surtout, par l'incursion de nouveaux concurrents non-banquiers.

Longtemps, le marketing bancaire a eu pour objectif de faire vendre des produits créés la plupart du temps sans son concours. Aujourd'hui, sous l'effet conjugué de la concurrence, de la crise, d'une meilleure éducation du client et de nouvelles technologies puissantes, le marketing de distribution est devenu un art pointu tourné vers les besoins de ce client, particulier ou institutionnel, cible de toutes les attentions.

D'énormes masses de données factuelles ou comportementales, stockées dans des entrepôts et traitées par des programmes sophistiqués, permettent de détecter avec précision les besoins présents et futurs de chaque client pris un à un, « one to one ». Le regroupement de ces segmentations unitaires, loin d'être une mode, préfigure dans tous les domaines le marketing du siècle prochain (579).

En effet, ces dernières années, les banques ont développé de nouveaux canaux de distribution de produits et de services bancaires. Ce développement a été favorisé par l'apparition des nouvelles technologies, un changement dans le comportement des clients et le besoin pour les banques d'être plus rentables afin de respecter les exigences de leurs actionnaires. Désormais, les notions de disponibilité, de rapidité et d'accessibilité sont essentielles.

Comme le produit vendu est assez uniforme, la politique de distribution est importante car c'est l'un des moyens pour les banques de se différencier par rapport aux enseignes concurrentes.

Les canaux de distribution doivent être adaptés à chaque segment de clientèle pour ne pas délaissier une partie des clients, par exemple les personnes âgées sont plus favorables à l'agence qu'aux nouvelles technologies. La mise à disposition par les banques de plusieurs canaux augmente alors la valeur pour le client puisque chacun y trouve son compte.

Mais pour cela, le niveau de la prestation de services doit être homogène ; en effet, un client doit pouvoir connaître le solde de son compte courant depuis n'importe quel canal et il est indispensable que celui-ci soit le même à chaque fois.

Tous les canaux doivent offrir un large panel de produits, de services, de conseils ; ils collectent des informations sur les clients, identifient leurs attentes, proposent des offres adaptées. Chaque type de clientèle doit se reconnaître dans un canal particulier, y demeurer tant que possible fidèle et se sentir en relation rapprochée avec sa banque.

L'apparition de nouveaux canaux de distribution proposés par la banque, et particulièrement l'application des nouvelles technologies, permet de réduire substantiellement les coûts de fonctionnement. Ainsi, le coût d'une transaction réalisée par Internet revient environ quatre fois moins cher que la même transaction réalisée par téléphone avec un interlocuteur, et près de huit fois moins cher que si elle avait été effectuée en agence. L'utilisation de ces canaux nécessite évidemment un apprentissage de la part du client, et c'est la banque qui doit prendre en charge cette formation, aussi bien pour réduire ses coûts futurs que pour prouver son attention à l'égard du client.

A

Les canaux de distribution.

Sur un marché européen mature où l'on recense toujours plus d'acteurs, la banque de détail reste une activité globalement rentable. Pourtant, les écarts de performance témoignent que le temps des choix stratégiques est venu.

Les établissements mettent désormais l'accent sur la performance commerciale. Celle-ci implique de se mettre toujours plus à l'écoute du client, les ressources des technologies de l'information permettant notamment d'affiner les stratégies marketing.

De son côté, la clientèle exprime des attentes qui, partagées entre la volonté d'accéder au service bancaire par des canaux plus souples et plus modernes et le désir de conserver une relation personnalisée avec sa banque, peuvent paraître contradictoires. Cruciale pour une industrie à coûts fixes, la réflexion sur les canaux de distribution occupe les esprits et se cristallise autour du rôle de l'agence. Mais, sous les coups de boutoir de l'évolution des mentalités, de la technique ou de la réglementation, l'évidence se fait jour : c'est l'ensemble de la relation entre la banque et le particulier qui est en train de changer.

L'évolution des comportements et des ressources techniques est au cœur de la réflexion sur la banque de réseau. Conçus en termes de complémentarité, les divers canaux de distribution s'articulent autour d'un noyau central : la relation que le client noue avec son agence.

En effet, les canaux de distribution bancaires doivent remplir un ensemble de fonctions clés :

- La vente et l'offre de produits et services ainsi que « le conseil » à la clientèle ;
- Le contact et la liaison avec l'environnement local de manière à améliorer les campagnes de promotion ;
- La collecte d'information nécessaire à la planification des actions de développement.

Dans ces missions, les agences jouent un rôle considérable et les attentes du public à leur égard vont croissant en termes de :

- Sûreté ;
 - Amabilité ;
 - Convivialité ;
 - Simplicité, regroupement des opérations, proximité ;
 - Compétence et personnalisation.
-

a**Le développement du multicanal dans la banque.**

L'un des apports importants du C.R.M a été le développement du multicanal dans le secteur bancaire. Il consiste à proposer au client de nombreux moyens de contacts. Aux moyens traditionnels que sont le face-à-face dans les agences et la relation à distance par téléphone ou par les automates sont venus s'ajouter Internet et les centres d'appel. Beaucoup de banques ont cherché à externaliser des agences avec des contacts sans valeur ajoutée, sans aller jusqu'à la banque totalement virtuelle. L'échec de Egg a montré les limites du modèle 100 % Internet. Le client bancaire a besoin d'une relation interpersonnelle. Aux Etats-Unis où la communication Internet est très importante, le nombre d'agences ne cesse d'augmenter en même temps que le secteur se concentre (580).

L'organisation « multicanal » est double : par segments de clientèle et par produits. Les clients à fort potentiel sont orientés vers les agences où ils peuvent recevoir « des conseils individualisés », où la relation est construite selon un modèle « one to one ». Les clients à faible potentiel sont orientés vers les canaux à distance moins coûteux pour la gestion de ce type de clients. La distinction peut également se faire par produits puisque les opérations de gestion courante à faible valeur ajoutée sont privilégiées sur les canaux à distance, alors que les opérations à forte valeur ajoutée sont réalisées en agence. Nous retrouverons ces éléments dans les choix bancaires en matière de segmentation de clientèle.

Une étude réalisée par le Journal du net auprès de 1.187 internautes, dont 95 % sont utilisateurs d'un service de banque à domicile sur Internet, a montré que selon les produits, la préférence pour le canal varie. Plus l'opération est impliquante, plus le client favorise un contact en agence.

Les responsables du secteur bancaire estiment qu'il est urgent que les agences augmentent leur valeur ajoutée. « En 2003, un directeur général de banque déclarait que les réseaux, quel que soit le nom de la banque sous laquelle ils officient, ne passeraient que 35% de temps à travailler sur des propositions commerciales. La majorité du temps de travail étant donc consacrée à la gestion administrative ! Surtout existe le risque de faire peser, en bout de chaîne, sur le conseiller de clientèle, des charges de plus en plus lourdes à réaliser sans qu'il ait le temps de les assimiler. Un homme de réseau possède, peut-être, à la perfection sept ou huit produits financiers différents. Or, il doit en proposer en permanence 25, et il en a quelque 150 officiellement à placer (581).

(580) – Lamarque, Gestion de la Relation Clientèle, opcit, p. 141.

(581) – Rozelier M. (2003), « Banques et assurances, le multicanal en question », Marketing direct, Mai, p. 62-67.

Cette stratégie du multicanal implique un double risque : un risque interne et un risque de clientèle. En interne, elle entraîne une évolution des métiers de chargés de clientèle. Ils doivent être impliqués dans le projet afin de comprendre l'interaction entre les canaux. Ils doivent également accepter une redéfinition des portefeuilles de clients en fonction de la nouvelle segmentation envisagée. En externe, le risque est que ces outils destinés à favoriser la relation client, afin de tisser des relations plus étroites entre la banque et ses clients, ne conduisent à l'effet inverse en supprimant la composante sociale de l'échange que nous avons mise en avant au début de cette réflexion. Ces risques sont pris en compte dans l'évolution des agences bancaires.

b

L'agence bancaire.

L'agence domine toutes les préférences d'utilisation, à l'exception des retraits d'espèces et des consultations de comptes courants, pour lesquels les nouvelles technologies, offrent une alternative appréciée. L'agence reste aussi massivement fréquentée : au moins une fois par semaine (28 %) ou au moins une fois par mois (82 %). Seuls les D.A.B connaissent une fréquentation plus importante (au moins une fois par semaine, 54 %) mais pour une clientèle plus limitée (21 % de non-utilisateurs). Une part significative de la clientèle (30 %) hésite encore entre le guichet et les automates et 16 % de la population considère que la banque ne peut s'incarner qu'à travers le guichetier.

Une agence bancaire exerce trois fonctions principales : l'accueil, le conseil et la vente. Elle demeure le lieu privilégié pour gérer la relation avec la clientèle et pour vendre dans la mesure où elle est synonyme de proximité et de personnalisation du contact. Elle conserve indubitablement la préférence de nombreux clients dès qu'une opération autre qu'un dépôt ou retrait d'espèces ou encore une consultation de solde est accomplie. De surcroît, chaque zone d'attraction d'une agence pouvant être assimilée à un micro marché, l'organisation en réseau confère aux directeurs d'agence une certaine autonomie permettant d'adapter l'offre aux caractéristiques de ce micro marché et d'identifier les performances réalisées au niveau de chaque agence (582).

C'est ainsi qu'à l'intérieur de l'agence des espaces sont aménagés pour répondre aux demandes des clients : un espace accueil où plus souvent les services de caisse sont à proximité de l'entrée, un espace conseil où le client est isolé avec son chargé de clientèle et où il peut parler librement en toute confidentialité.

L'agence tient une grande place dans la relation bancaire, elle représente la proximité physique, une dimension humaine, et la personnalisation du service et de la relation. Le réseau physique de distribution représente souvent un gage de sérieux de l'établissement bancaire, il est donc important par son influence psychologique dans le concept de la fidélisation.

L'agence, malgré l'apparition de nouveaux canaux, reste toujours le premier canal de distribution des produits et des services bancaires. Des études ont montré qu'elle est fréquentée par les clients au moins une fois par semaine pour 28 % d'entre eux, et au moins une fois par mois pour 82 %.

En revanche, l'agence est le canal de distribution le plus cher à gérer pour la banque, il faut compter, par exemple en France, en moyenne entre 1,5 et 2 millions d'euros pour créer une agence (un peu moins pour une petite agence en centre commercial : 250.000 Euros) , alors que 75 % des sites Internet bancaires ont coûté moins de 50.000 Euros.

C

Le site Internet

La plupart des établissements de crédit ont ouvert un site sur Internet, prolongement logique de ce qui existait déjà sur le Minitel. Internet dispose de beaucoup d'avantages vis-à-vis de l'ancienne télématique, la puissance de calcul disponible permet d'offrir une page d'accueil souvent attirante et de proposer plusieurs services, comme la consultation de son compte, les encours des cartes bancaires, la possibilité d'éditer son R.I.B ou de simuler un prêt, la gestion des comptes de titres, la possibilité de passer des ordres de bourse ou de virements.

Par ces différents moyens le client peut gérer ses opérations courantes comme les prélèvements, les virements, les moyens de paiement, il a une information à temps réel.

1

« Internet renforcera la relation avec les clients ».

Les banques à réseau développent Internet comme canal complémentaire. Par exemple, en France, le Crédit Agricole a dans le domaine de la banque à distance une stratégie ambitieuse, tout en soulignant le rôle de conseil des agences.

2

A l'écoute du client : vers le C to B.

Internet crée une nouvelle relation avec le client qui demandera davantage de services adaptés, ce qui ouvre la voie à de nouvelles prestations. Dans ce contexte, le réseau d'agences a une carte à jouer, à condition d'accepter certains changements (583).

Le « C to B », c'est le « Customer to Bank », l'idée que le traitement de l'information va émaner, de plus en plus, directement et volontairement, du client pour aller vers la banque. La banque, par construction, est un extracteur et un organisateur d'informations. C'est à partir de ce travail qu'elle élabore une appréciation spécifique de son client. Elle est supposée meilleure sur le marché, de façon à lui accorder des crédits à de meilleures conditions que le système désintermédié. La banque doit battre le marché. Si tel n'est pas le cas, elle n'a pas de raison économique de vivre, et la bourse le lui signifiera.

Enfin, Internet propose aussi des conseils grâce à la possibilité de correspondre avec un conseiller clientèle, des forums de discussions permettent de répondre aux questions du client sans que le client se déplace à l'agence.

C'est donc le réel avantage d'Internet, le client a sa banque chez lui, l'information est en temps réel, le service est disponible en permanence 7 jours sur 7 et 24 heures sur 24 ; la réactivité est instantanée.

Si l'utilisation d'Internet aide le banquier dans ses tâches de collecte et de traitement des informations que le client peut lui laisser volontairement ou non, et si les possibilités de proposer des offres adaptées sont dorénavant plus nombreuses, la banque doit redouter également l'usage que peut faire l'internaute client d'Internet. En effet, pour le client, il est maintenant plus facile de disposer de comparatifs entre les différentes offres bancaires et donc il peut devenir plus exigeant avec sa banque, voire, il peut décider de la quitter pour un concurrent. Internet va probablement augmenter encore significativement le nombre de clients multibancaisés, il est donc indispensable que les banques dévoilent une stratégie de fidélisation par Internet.

d

La banque à distance.

Par banque à distance ou encore banque directe, on entend une relation avec le client ne s'établissant pas par une agence mais uniquement par les nouveaux canaux de distribution. Des établissements de crédit en France et à l'étranger se sont créés à partir de cette stratégie de commercialisation dont les implications sont :

- un contact pouvant être établi avec le banquier 24 heures sur 24 ;
- pas de temps perdu en déplacement ou attente à un guichet ;
- les économies découlant de l'absence de réseau pouvant être répercutées sur les clients par le biais des conditions tarifaires ;
- une tarification structurée autour d'un abonnement et de commissions par opérations ;

Autrefois distinguée sur le terrain de l'accessibilité, la banque à distance joue désormais le jeu de la fidélisation. Elle espère ainsi voir disparaître toute différence entre compte traditionnel et compte à distance (584).

En effet, Cortal en France a été l'une des premières banques à distance, elle a été créée en 1983.

Les services de banque par téléphone se développent en parallèle d'Internet et constituent aussi une relation commerciale. La banque par téléphone offre les mêmes prestations qu'une agence classique, tout en ne supportant pas les coûts de représentation.

Quand le client téléphone, il obtient un téléconseiller qui visualise automatiquement son historique client sur son écran d'ordinateur. Le client obtient des réponses du téléconseiller comme s'il se rendait à son agence, il y a là aussi un contact de personne à personne. L'avantage pour le client réside dans le fait qu'il s'adresse à un interlocuteur unique, quelles que soient ses transactions.

La banque par téléphone permet de fidéliser une clientèle qui ne désire pas se rendre à l'agence à cause des diverses contraintes comme le déplacement, l'attente, les horaires... Mais qui s'attend quand même à recevoir une réponse personnalisée et à dialoguer avec un interlocuteur la connaissant.

La banque à distance vient en France surtout en complément des activités de banques classiques. En effet, la plupart des personnes qui ont un compte direct, ont leur compte traditionnel à l'agence. L'enjeu de la banque directe est donc d'encourager le client à ce que son compte direct devienne son compte principal.

Ce type de canal connaît un développement important avec le succès rencontré par le téléphone portable, c'est tout l'intérêt des partenariats.

A l'heure actuelle, il ne semble pas que la banque à distance rencontre le succès espéré, notamment la banque en ligne qui se heurte à plusieurs obstacles (585) : -

(584) – Pohl, Jacquet, Engelmann, Apprivoiser les clients nomades, Banque, n° 544, opcit, p. 76.

(585) – Sylvie de Coussergues, Gestion de la banque, p. 232.

- **Les obstacles techniques :**
 - Le taux d'équipement des ménages en micro-ordinateurs ;
 - La sécurisation des paiements à distance avec les questions de l'authentification des intervenants et la validité de la preuve et de la signature électronique ;
- **Les obstacles juridiques :**
 - Le régime juridique de la vente à distance de produits financiers, qui a fait l'objet d'une directive européenne.
- **Les obstacles stratégiques :**
 - La concurrence des banques développant une offre « multicanal ».

Un produit ou un service peut être de qualité, mais c'est plus globalement sur la qualité de la relation avec son interlocuteur que le client juge une banque. D'où l'obligation de connaître le client et ses attentes.

e

Les automates bancaires.

Les guichets automatiques permettent aux clients d'effectuer des opérations courantes telles que le retrait d'argent et la consultation de leur compte, en dehors des heures d'ouverture de l'agence. Ces guichets libèrent du temps pour le personnel de l'agence qui peut alors réaliser des activités à plus forte valeur ajoutée.

Leur impact sur le taux de rétention des clients est difficilement mesurable et sans doute assez faible. Il n'en demeure pas moins qu'une interconnexion plus poussée entre les automates bancaires et le système d'information de la banque pourrait permettre de personnaliser un peu plus le contact avec le client : par exemple, en reconnaissant le client à l'aide des informations enregistrées sur la puce électronique et en mettant en place des solutions de marketing « one to one » (586).

(586) – « Mettre en place des solutions de Marketing one to one », Hamelin, Banque Magazine, n°604, Juin 1999.

B**Les déterminants de ces canaux.****a****Le rôle de l'interlocuteur.**

Parvenir à personnaliser la relation avec le client et rendre donc l'offre de telle banque plus adéquate que celle d'une autre, nécessite une base de données centralisée et régulièrement mise à jour. Les banques doivent mettre à la disposition du personnel toutes les informations qu'elles détiennent, c'est pourquoi dès qu'un client rentre en contact avec sa banque, les informations doivent être analysées, fichées et enregistrées.

Le conseiller de clientèle est le pivot de la relation avec le client, il est là pour le rassurer. Les clients préfèrent encore un contact humain quand les opérations sont assez complexes, par exemple lors d'un octroi de prêt. Le client aime bien alors, avoir des conseils et être accompagné dans sa démarche par une personne physique.

Tout contact supplémentaire avec le client est donc un moyen pour augmenter la relation d'apprentissage de la banque sur les attentes de son client. L'alliance de la connaissance personnelle du client par le chargé de clientèle et l'utilisation d'outils informatiques tels que les bases de données ne fera qu'améliorer la qualité des services de la banque, en personnalisant les relations avec les clients.

Avec la concurrence de plus en plus accrue, les banques forment de plus en plus le personnel car il représente le lien avec les clients. Quand une relation personnelle entre le client et le commercial existe, alors le risque de perte du client est largement inférieur car ce dernier sait qu'il n'aura pas un interlocuteur aussi « intime » chez un concurrent. Actuellement, l'objectif des banques est de réduire le personnel destiné aux tâches administratives et d'augmenter celui lié à l'activité commerciale.

Quand un chargé de clientèle connaît bien ses clients, il lui est tout de suite possible de repérer des signes qui indiquent une baisse d'activité ou un problème comme par exemple une diminution des transactions de paiement. Il peut alors analyser la situation rapidement, prendre rendez-vous avec le client pour avoir une explication et remédier à ce changement. Le client se rendra compte que ses opérations sont attentivement suivies et cela renforcera l'image de professionnalisme et d'attention de la banque.

Pour améliorer la fidélisation des clients, il faut une qualité de service irréprochable. Pour cela, le personnel et plus particulièrement les commerciaux doivent avoir à disposition sur leur poste de travail toutes les Informations concernant le client, afin de répondre à ses attentes, lui proposer des offres, et développer son activité bancaire.

Le personnel en contact avec le client doit avoir suffisamment d'informations rassemblées dans ce que l'on appelle une fiche client (587) comprenant les correspondances que le client a eu avec la banque à travers tous les canaux de communication (courrier, Internet, téléphone...), l'ensemble de ses contrats et de ses produits, les projets qu'il envisage.

Le fait de posséder tous ces outils va permettre au chargé de clientèle de contacter le client au bon moment ; par exemple quand un produit arrive à échéance ou lors d'un renouvellement de prêt, ou encore lors d'une forte entrée d'argent sur le compte du client.

Les chargés de clientèle dans ces conditions peuvent analyser le potentiel d'épargne qu'un client représente et lui proposer des offres personnalisées.

Pour que ce système fonctionne en continu, le personnel en contact avec les clients doit faire remonter l'information après chaque entretien. De plus en plus, les banques développent un réseau de communication local, un Intranet. Cet outil de gestion interne permet d'améliorer l'accès et la remontée de l'information. L'objectif de cette démarche est de faire participer l'ensemble du personnel à l'amélioration de la qualité du service et au développement d'une relation personnalisée.

b

Le rôle du prix.

Traditionnellement, le marketing mix de toute entreprise est présenté dans ses quatre grandes composantes : produit, prix, distribution et communication. Dans le cas de la banque, ces quatre variables ont longtemps joué des rôles d'inégale importance. La politique de prix, notamment, considérée dans ses valeurs réelles ou telles qu'elles sont perçues par l'opinion, peut apparaître comme un outil marketing de peu d'intérêt jusqu'aux récentes mesures d'activation de la concurrence.

Dans l'attachement des clients à leur banque, le rôle des services apparaît comme particulièrement important (enquête Que choisir ?, 1990). En effet, parmi les principales raisons qui les conduiraient à quitter leur banque, ressortent :

- la facturation des chèques, pour 69 % d'entre eux ;
- le crédit moins cher ailleurs, 41 % ;
- la qualité insuffisante des services, 37 % ;
- les placements plus performants ailleurs, 25 % ;
- les horaires peu pratiques, 8 %, etc....

(587) – d'abord mettre en place des solutions marketing, one to one, Hamelin, Banque Magazine, n°604, Juin 1999, p. 80.

La question d'une adaptation de la facturation en fonction du type de canal utilisé se pose. En effet, les canaux de distribution étant différents, les coûts le sont aussi, alors quand tous les canaux sont disponibles pour la clientèle, cela représente un investissement lourd pour la banque.

Plusieurs difficultés se posent pour les banques à l'égard de la politique de distribution qu'elles doivent mener. La grande majorité des clients continuent de se déplacer à l'agence pour leurs opérations courantes malgré la simplicité et la rapidité d'utilisation des autres canaux. Or, l'agence est le lieu de transactions le plus coûteux pour la banque, même si c'est celui qui a priori fidélise le plus de clients. Les banquiers doivent donc rechercher le moyen d'amener les clients à utiliser des canaux moins coûteux si possible pour les opérations courantes. Mais cette politique doit être menée très subtilement afin que les clients ne ressentent pas comme une sorte de désintéressement de la banque à leur égard (588).

Faire supporter une partie des coûts différemment suivant le canal utilisé, permet d'inciter les clients à changer leurs habitudes et fournit à la banque une bonne idée du prix que chaque client est prêt à supporter avant de modifier ses habitudes en matière d'opérations courantes.

L'ambition des banques est d'arriver à diminuer les coûts de fonctionnement des différents canaux, connaître les besoins de chaque client et la valeur qu'il y accorde, faire correspondre à chaque attente une offre personnalisée et le canal de distribution adéquat. Tout ceci, dans l'optique de rationaliser les coûts en augmentant le taux de rétention des clients.

(588) – « Une modulation par canal de distribution », Leguerch Y., Banque et Stratégie, n° 158, Mars 1999.

Chapitre IV
Mettre en œuvre une stratégie.

Section I – Cibler la clientèle.

Section II – Rendre la clientèle captive.

L'élaboration et la mise en œuvre des plans marketing exigent de prendre un certain nombre de décisions. Pour faire les bons choix, les entreprises doivent se reposer sur une information précise et récente concernant les grandes tendances et les phénomènes spécifiques à leur secteur d'activité. Parce que l'environnement offre constamment de nouvelles opportunités et de nouvelles menaces, il semble essentiel de l'analyser en permanence et de s'y adapter.

L'accroissement du nombre de clients est un enjeu stratégique pour une banque à réseau. L'enjeu est d'autant plus difficile que les produits et services strictement bancaires aux particuliers se différencient peu d'un établissement à l'autre. La mise en place d'un plan d'action commerciale en plusieurs étapes repose notamment sur la constitution d'un fichier de prospects efficace.

Section I

Cibler la clientèle.

Identifier et cibler la clientèle est l'objectif n° 1 du S.I.M : Système d'Information Marketing qui est un réseau complexe de relations structurées où interviennent des hommes, des machines et des procédures. Il a pour objet d'engendrer un flux ordonné d'information pertinente, destiné à servir de base aux décisions marketing.

Paragraphe I

La collecte d'informations.

Les banques ont compris depuis longtemps l'importance de disposer et de bien utiliser les informations qui ressortent des contacts avec le client.

Ces informations doivent ensuite être exploitées afin de parvenir à la connaissance la plus précise possible du client bancaire. Ce processus paraît indispensable pour comprendre les véritables facteurs qui rendent un client fidèle.

A

L'étape du recueillement.

Pour pouvoir proposer une réponse adaptée aux attentes du client, les banques essaient de collecter le plus possible d'informations relatives aux comportements du client. Chaque fois qu'un client est en relation avec la banque, même si ce contact ne donne pas l'occasion de procéder à une opération bancaire, l'établissement doit récolter un maximum de données sur ce contact.

Avec la mise en place d'une base de données, ces Informations peuvent ensuite être analysées afin de faire ressortir et d'interpréter les actes du client. Par exemple, le nombre et la manière d'utiliser des produits ou services, sa situation financière, sa situation personnelle... sont autant d'éléments susceptibles de retenir l'attention du banquier à la recherche d'une connaissance très fine du client.

Ces informations, même si elles paraissent quelquefois indiscretes et hors de propos, sont nécessaires à la banque pour pouvoir offrir une réponse personnalisée aux besoins de chaque client.

a**La base de données.**

La récolte d'éléments informatifs permet de pouvoir disposer de bases d'information précises, celles-ci renseignent sur les attentes des clients, donnent une meilleure assurance pour pouvoir développer des produits et services susceptibles d'intéresser les clients.

L'efficacité de la politique commerciale repose en majeure partie sur la constitution de cette base de données orientée vers le client, c'est-à-dire orientée vers une approche globale et personnelle de chaque client.

Il apparaît nécessaire que toutes les informations concernant le client soient regroupées dans un seul système informatique afin que le traitement ultérieur soit réalisé sur l'ensemble des données récoltées. L'objet de « la base de données » n'est pas de classer au préalable le client d'après son comportement ; il s'agit au contraire de le considérer comme un individu entier.

Plusieurs moyens de communication permettent d'alimenter la base clientèle, Il s'agit surtout de parvenir à distinguer les informations capitales et celles qui ne le sont pas. Pour cela, certaines banques ont mis en place un système de questionnaires et de sondages de leurs clients. La répétition, sans excès non plus, de ce type de procédure permet d'effectuer des recoupements d'informations et ainsi d'obtenir une image assez fidèle de la situation du client.

Un autre moyen systématiquement utilisé est le suivi de compte. Cette méthode permet d'enrichir de façon précise la base de données et se manifeste par l'élaboration d'un historique client. Cependant, un tel procédé ne recense que les contacts du client ayant eu recours à une opération bancaire. Cette procédure est utile pour analyser par exemple les fréquences de renouvellement d'achats ou la périodicité des mouvements de compte, mais elle n'est pas suffisante pour globaliser le comportement du client.

Il ne faut pas non plus oublier d'alimenter la base de données avec des informations provenant de sources externes à l'établissement bancaire. Ces données peuvent provenir d'études statistiques publiées par des organismes publics ou privés, elles peuvent jouer un rôle fondamental dans l'analyse comportementale des clients. Evidemment, ce type d'études laisse apparaître une tendance et ne tient pas bien compte des caractéristiques propres d'un individu.

La multiplicité des occasions de contact constitue un risque d'engorgement pour la collecte d'information et peut entraîner un problème de cohérence au sein même du système informatique. Il est dès lors impératif de parvenir à un traitement préliminaire de toutes les informations parvenues avant d'enrichir la base de données. Des outils informatiques de

traitement automatique de données s'occupent ensuite d'exploiter les informations qui auront été récoltées.

b

Le paramétrage du système d'information de la banque en matière de gestion automatique des relances.

Les banques disposent généralement d'informations plus complètes sur la situation de leurs clients, que les établissements financiers qui ne gèrent pas de comptes et ne diffusent pas de moyens de paiement (589). Elles peuvent donc détecter plus tôt les risques de défaillance de ces clients au travers de l'analyse d'indicateurs liés au fonctionnement de leurs comptes bancaires : rejets de prélèvements, dépassement sur les comptes, augmentation des mouvements débiteurs, diminution des mouvements créditeurs... sont autant de symptômes d'une détérioration de la situation financière des clients.

Il est important, si la mise en œuvre de cette détection préventive des risques n'a pas permis d'éviter l'incident, de paramétrer le système d'informations pour qu'il relaie l'outil de détection préventive, en attendant l'intervention des unités spécialisées.

Ce paramétrage doit notamment porter sur la gestion des comptes et le traitement des prêts.

1

La gestion des comptes.

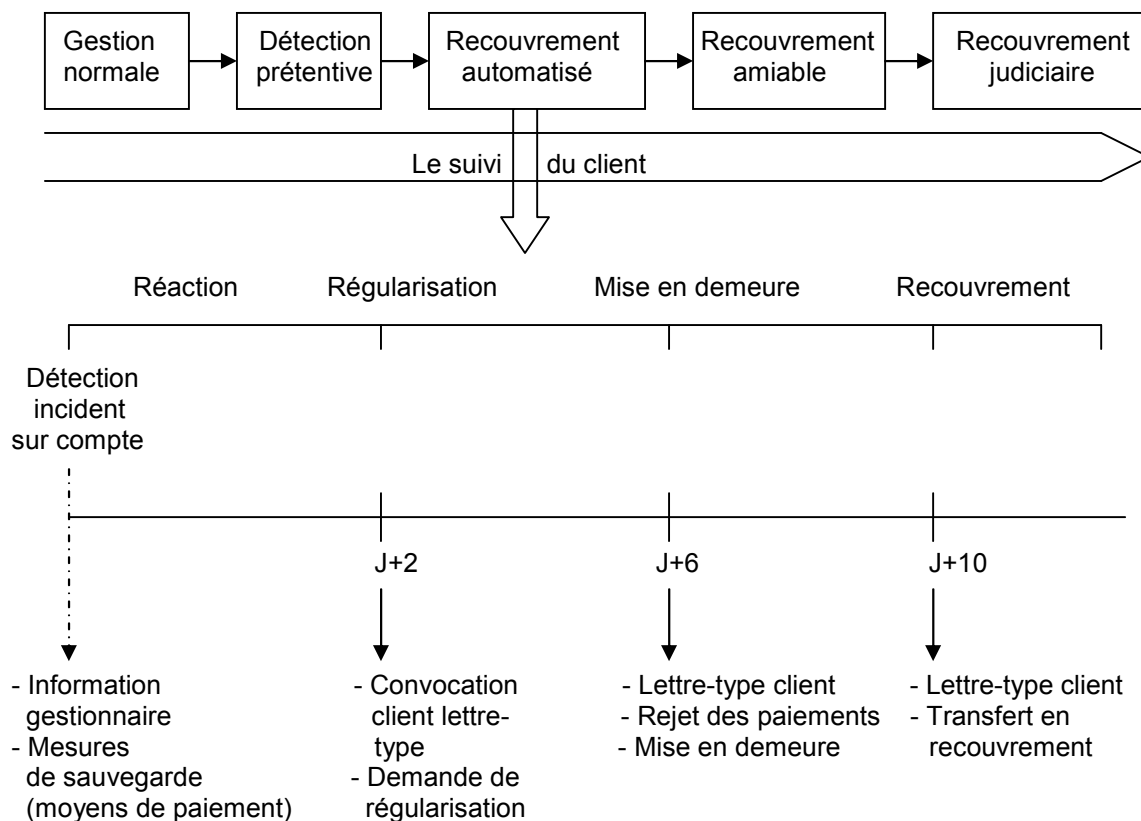
La gestion des comptes a pour objectif d'éviter l'aggravation de risques liés soit à un dépassement d'une autorisation de débit préalablement accordé, soit au positionnement sur le compte d'opérations débitrices sans autorisation préalable.

Le système d'information doit alors, d'une part, attirer l'attention du gestionnaire du compte sur le caractère anormal d'une situation et/ou d'un événement, d'autre part, organiser la réaction graduée de la banque et sa préservation à l'encontre de risques nouveaux liés par exemple à la détention par le client de moyens de paiement (cartes, chéquiers ...).

A titre d'illustration est présenté ci-dessous le système de gestion des comptes appliqué dans une grande banque commerciale.

(589) – Michel Mathieu, L'exploitant bancaire et le risque de crédit, Banque Editeur, 1995, 275 et s.

Phases de gestion du risque crédit



Bien entendu, le gestionnaire du compte peut décider, soit d'accorder un découvert à son client, soit d'anticiper les étapes et de transférer, dès la détection de l'incident, le dossier du client en recouvrement.

C'est le système d'information qui édite les différentes lettres de relance qui font l'objet d'une facturation au client, propose immédiatement au gestionnaire du compte l'affectation de mesures de sauvegarde sur le compte en fonction, par exemple, des moyens de paiement détenus par le client.

Dès la détection de l'incident, le service «recouvrement amiable» est informé et suit, parallèlement au gestionnaire du compte, l'évolution de la situation du client et le bon fonctionnement du système (accord de découvert justifié, pose de mesures de sauvegarde, édition des courriers-type ...).

Dans tous les cas, ce service peut décider de dessaisir à tout moment le gestionnaire, s'il estime les intérêts de la banque en voie d'être compromis.

Enfin, le système organise à l'issue d'un délai fixé maximum, le transfert du compte du client en recouvrement.

2

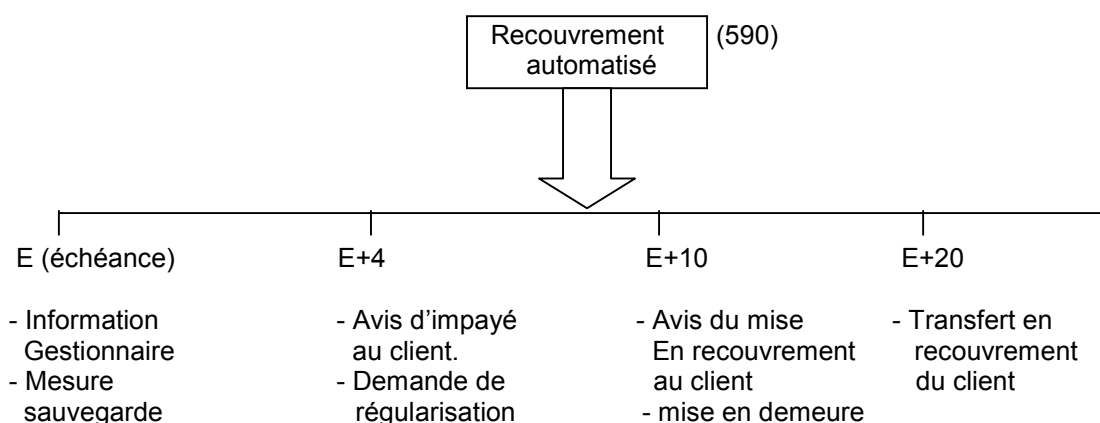
Le traitement des prêts.

Le système d'information de la banque doit organiser la gestion automatique des prêts selon des principes clairs.

Le prélèvement des échéances des prêts sur le compte du client doit être automatique, prioritaire à toutes autres opérations de débit sur le compte, quotidien par des «balayages» permanents sur le compte, généralisé en organisant le prélèvement de la totalité des échéances et à défaut d'un acompte (sur les échéances) à hauteur du disponible sur le compte, adapté en fonction des garanties qui couvrent les différents prêts.

Le prélèvement automatique peut donner la priorité aux prêts sans garantie et ensuite les différents prêts garantis, en fonction d'une hiérarchie prédéterminée de la valeur de ces garanties en prenant garde d'éviter la novation (la perte) de certaines garanties.

Parallèlement, le système d'information génère l'envoi automatique de relances au client selon un paramétrage prédéfini.



Comme en matière de gestion des comptes, le gestionnaire et/ou le service recouvrement peut interrompre ou accélérer le processus. Le système d'information adresse les différents courriers de relance au client, effectue les mesures de sauvegarde appropriées, transfère, à l'issue des délais, le dossier du client en recouvrement.

En matière de gestion des prêts aussi, les différents courriers de relance sont facturés au client.

Lorsque ce dernier détient à la fois un compte en dysfonctionnement et un retard prêt (situation fort courante dans les banques), des règles de «coexistence» sont définies pour éviter l'envoi de multiples correspondances au client.

Tant pour la gestion des comptes que des échéances de prêts, les agences et le service recouvrement disposent d'états informatiques, de suivis et de documents-types, permettant de compléter l'analyse sur le client (solvabilité, garanties possibles ...) qui faciliteront les actions futures de la banque et permettant de gagner un temps toujours précieux.

A toutes les étapes du processus, le gestionnaire du compte du client doit continuer d'être à l'écoute du client qui sollicite un délai ou propose un plan de régulation, soit spontanément, soit en réaction à la réception d'une relance automatique, analyser délais et plans demandés et proposer une décision, appuyer la gestion automatisée par des interventions personnalisées (convocation, entretien, téléphone...), neutraliser la gestion automatique si la situation le justifie, rédiger et transmettre dans les délais les propositions de recouvrement amiable, envoyer, au service concerné, le dossier en recouvrement, à défaut de régularisation.

Si les premières mesures de relance client n'ont pas permis de régulariser l'incident, les unités de recouvrement de la banque vont prendre le relais du système d'information et assurer la récupération des créances de la banque.

C

Les outils d'exploitation.

Quand le processus de collecte d'information est atteint, la connaissance que la banque a du client permet à des outils automatisés puissants et adaptés, de traiter de manière efficace les données. Ce traitement est réalisé quantitativement et qualitativement afin d'affiner les caractéristiques de chaque client et permettre le lancement d'une offre spécifique.

Ces récents outils d'analyse que sont le data warehouse (l'entrepôt de données) et le data mining (l'exploitation de données) ont pour objectif de permettre aux banques de mieux cibler leurs actions commerciales. Cette volonté d'adapter les offres bancaires aux attentes des clients répond au souci d'améliorer la qualité des prestations de services et d'en augmenter l'efficacité et la rentabilité.

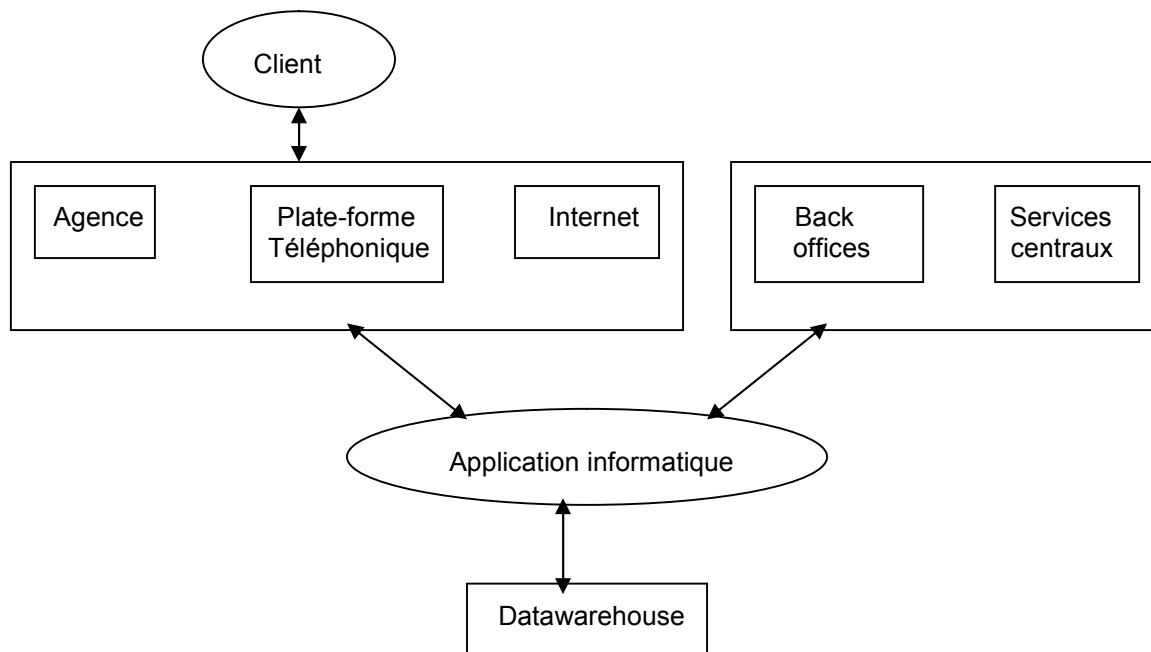
Un data warehouse, ou entrepôt de données, est une collecte de données structurées consolidant les informations en provenance des différents systèmes opérationnels et dédiées à l'aide à la décision ». Le C.R.M suppose donc la constitution d'une interface entre les sources contenues dans les B.D.D (Bases de données) des différents canaux de distribution. Il s'agit en fait de constituer ce que l'on pourrait appeler une méga-base de données ou un entrepôt de données.

Constituer un data warehouse, c'est se poser la question suivante : comment rassembler un maximum de données sur les clients alors qu'elles sont éparpillées sur plusieurs B.D.D ? En définitive, le data warehouse c'est la refonte des informations des différents canaux dans une seule et même base de données, de manière homogène et cohérente. Le problème se posera d'autant plus dans le secteur bancaire, où l'on est confronté à de nombreuses sources d'information différentes.

Les fonctions du data warehouse sont diverses : le pilotage des ventes, le pilotage de la force de vente et le pilotage des actions marketing. Pour cela, il est nécessaire d'analyser stratégiquement les données afin d'en dégager les facteurs explicatifs de certains comportements et d'opérer une segmentation pertinente.

Cette démarche est le préalable nécessaire pour mettre en place un marketing opérationnel efficace. Par une actualisation régulière, le data warehouse pourra à la fois assister la gestion d'une campagne et effectuer un meilleur ciblage (en évitant la surinformation et la redondance dans les données). A cet effet, il va également servir de support transactionnel, c'est-à-dire que les applications transactionnelles vont fonctionner directement sur le data warehouse (591).

L'intégration des canaux au sein du datawarehouse (592).



Source : Lefébure et Venturi, 2000.

(591) – Monique Zollinger et Eric Lamarque, opcit, p. 243.

(592) – Cf. Monique Zollinger et Eric Lamarque, opct, p. 244.

Les données concernent généralement les domaines suivants :

- Les clients et prospects (individus, foyers, liens clients-guichets, caractéristiques socio-démographiques...) :
- Certaines données externes (concurrence, pression concurrentielle, potentiel de consommation...);
- Les utilisations de prestations (rentabilité client, coût des opérations et de canaux...);
- Les résultats des contacts ;
- Les prévisions sur les comportements (segmentation comportementale, scoring...).

Le data warehouse permet donc, entre autres, de suivre et d'évaluer tous les contacts intervenus entre une banque et ses clients mais surtout il constitue un outil indispensable pour identifier les clients rentables, privilégier les canaux de distribution les plus pertinents, pour enfin tenter de rentabiliser certains clients.

La constitution du data warehouse implique une compilation d'une masse de données extrêmement importante. Or ces données évoluent tous les jours. Il peut donc arriver qu'à la fin de sa constitution les données soient périmées car l'environnement a déjà changé. En outre, il suppose un partage des informations entre des services qui n'ont pas nécessairement les mêmes logiques de travail. Ainsi, pour être efficient, le data warehouse, qui est un service traditionnellement géré à la base par les informaticiens, doit prendre en compte les préoccupations des hommes de marketing. Dès lors, le problème de la bonne intégration des besoins du département marketing par les responsables des services informatiques est une condition indispensable pour l'élaboration d'un système efficient. Sans cela, l'exploitation de la B.D.D devient assez aléatoire.

Selon les établissements qui développent ces techniques, leur véritable valeur ajoutée réside dans la diversité des utilisations professionnelles qu'ils permettent. L'entrepôt de données est utilisé aussi bien pour analyser le coût ou le risque du développement d'un produit que pour suivre la progression des ventes, envisager l'hypothèse d'une nouvelle implantation ou en juger l'efficacité. L'exemple de la Bank of America montre également qu'il est possible de réduire les coûts.

Les capacités techniques de stockage des informations étant assez comparables entre banques, la différence se fera donc sur la façon d'alimenter le système et d'exploiter ces informations. La constitution et l'architecture du système d'information constituent véritablement des éléments clés pour le développement de la banque.

Plus en aval, le data mining (technique d'exploitation des données) (593) exploite et analyse les informations enregistrées précédemment. Le data mining est un outil qui fonctionne essentiellement en croisant les données avec de multiples paramètres, il renseigne sur le profil du client choisi et éventuellement sur les opérations de communication qui rencontrent plus ou moins de succès. C'est généralement un outil qui est à la disposition du personnel bancaire concerné par le démarchage commercial direct du client.

Atteindre un ciblage précis et utilisable sur un client permet aux banques d'orienter la politique commerciale au mieux et réduit le gaspillage qui pourrait résulter d'un démarchage commercial voué par avance à l'échec. La pertinence du ciblage permet d'améliorer l'analyse du comportement du client et d'offrir une meilleure prédiction de ses actes futurs.

Ces outils sont un moyen rapide d'accroître l'efficacité de la politique commerciale et d'obtenir une meilleure analyse de l'impact des offres bancaires. Cependant, l'objectif primordial est de rendre possible la création d'une relation personnalisée entre la banque et le client.

La segmentation de la clientèle en est le résultat le plus courant. L'amélioration qualitative et quantitative des données permet l'utilisation de plusieurs critères pour identifier une cible (la C.S.P, la zone géographique, le niveau de revenu, les produits détenus, le comportement bancaire, la rentabilité). Les techniques d'exploration de données permettent parfois de trouver des relations ou des formes difficiles à imaginer, comme la propension à ne pas rembourser leurs échéances des personnes ayant recours régulièrement aux services d'une voyante ! Les résultats sont souvent probants.

d

Une relation personnalisée.

Dans un marché où tous les clients bancaires sont confrontés à une uniformité plus ou moins forte des prestations bancaires, il apparaît que la recherche d'une relation personnalisée est un des rares avantages auquel la banque peut prétendre pour fidéliser le client.

Les outils de collecte et d'analyse de données font ressortir qu'une bonne connaissance du client permet d'anticiper plus ou moins avec succès ses attentes. Cette meilleure anticipation permet à la banque qui possède cette information de réagir immédiatement par la proposition de produits adaptés, ce qu'apprécie fortement le client et ce qui tend donc à le retenir dans cette banque, qui connaît et solutionne ses moindres attentes.

La mémorisation des événements précédents et l'analyse des attentes exprimées par le client permet à la banque de bénéficier d'un élément exclusif par rapport à ses concurrents ; elle doit donc l'utiliser de manière adéquate pour personnaliser les échanges avec son client et ainsi « humaniser » cette relation.

La recherche d'une personnalisation de la relation est donc actuellement la grande problématique des établissements bancaires, la saturation du marché et l'automatisation de plus en plus fréquente des tâches administratives conduisent les banques à repenser leur organisation et à utiliser plus de personnel dans une optique commerciale et relationnelle.

L'ambition de ce type de projet est d'arriver à considérer chaque client comme s'il était unique et intime ; cette proximité de la relation est en effet le meilleur moyen d'augmenter le taux de rétention des clients bancaires, qui doivent ainsi s'intégrer parfaitement à ces procédures d'échanges d'information.

Les clients bancaires ont tout intérêt à renseigner leur banquier afin que cette relation d'apprentissage devienne par la suite une relation gagnant-gagnant.

B

Le baromètre de satisfaction.

Le baromètre de satisfaction permet de recueillir par un système de questions à choix multiples des informations essentielles concernant la perception du client au sujet de la prestation de service. Ce questionnaire permet de vérifier la satisfaction ou l'insatisfaction des clients sur des thèmes abordés, correspondant à la prestation de service (594).

L'intérêt principal de ce type de procédure est de déterminer les motifs d'insatisfaction du client. Si un problème est décelé, alors une enquête interne est mise en oeuvre afin d'approfondir la cause de ce problème et parvenir le cas échéant à l'éliminer. Ce type d'action commerciale s'inscrit dans une recherche détaillée des causes du problème rencontré par le client. C'est l'un des rares moyens à la disposition de la banque pour déceler les éléments susceptibles de compromettre la relation créée avec le client et dans les cas extrêmes, pouvant être à l'origine d'une rupture de cette relation.

Lorsque le baromètre de satisfaction détermine un problème, il n'en donne pas la raison mais il permet de lancer immédiatement une procédure d'analyse et de compréhension en vue de résorber ce problème. Le client qui répond au questionnaire et signale une difficulté donne à la banque la possibilité de parvenir à solutionner le problème, et ainsi de renforcer sa satisfaction.

(594) – Noyé D, « Pour fidéliser les clients », Insept Editions, 2000, p. 53.

C'est ainsi que le client est questionné au moment de la prestation de service, ou quelque temps après pour connaître son appréciation sur les produits et les services de la banque. Une analyse des données recueillies par le passé, comparées à celles actuellement relevées, permettra d'avoir la variation dans le temps de la satisfaction des clients sur un critère précis, mais pour cela les questions du baromètre doivent être sensiblement les mêmes au cours du temps. C'est à cette fin d'homogénéité que souvent les caractéristiques d'un baromètre de satisfaction restent identiques sur une période de temps suffisamment longue.

Pour que le baromètre de satisfaction remplisse sa fonction, il est nécessaire que le client invité à remplir le questionnaire le fasse loyalement et sans lassitude ; c'est-à-dire que le nombre de questions posées au client doit être limité (environ une dizaine) pour éviter qu'il finisse par ne plus vouloir répondre. Les questions sont à choix multiples pour une exploitation plus rapide des réponses. Il y a plusieurs réponses possibles : « très satisfait, assez satisfait, peu satisfait, pas du tout satisfait, ne sait pas ». On regroupe les questions par thèmes : l'accueil, le produit, la facturation... pour bien cibler l'analyse.

Les questions peuvent être directement posées par le personnel de l'agence, par téléphone ou par écrit sous forme de fiche à remplir et renvoyer. Si les questions sont posées par les chargés de clientèle, il est indispensable qu'ils en mesurent l'intérêt pour ne pas fausser les réponses quand ils remontent l'information au siège. L'encadrement bancaire doit évidemment rassurer le personnel sur l'usage qui sera fait de ces baromètres de satisfaction. Il ne s'agit pas que le personnel qui récolte les informations se sente menacé par une quelconque réponse négative sur tel sujet. En effet, si les clients ne sont pas satisfaits de l'accueil ou du personnel, le chargé de clientèle doit s'interdire de fausser les réponses en vue d'éviter des remarques sur sa façon de travailler, il doit faire remonter l'information honnêtement, et pour cela comprendre qu'il est dans l'intérêt de chacun que les motifs d'insatisfaction des clients disparaissent.

Si les réponses une fois analysées permettent à la banque de s'interroger sur l'utilité ou non d'effectuer des améliorations dans un domaine pour augmenter la satisfaction des clients, ces baromètres servent également à un usage plus personnel concernant l'étude du profil du client. Plus la banque sonde ses clients avec l'aide de ces questionnaires, plus elle devient proche de ce qu'ils pensent et de ce qu'ils attendent. Cet accroissement de l'intimité envers le client ne peut qu'être bénéfique aux deux parties pour la continuité de leur relation.

Paragraphe II

Le système d'information.

Les marchés sont hétérogènes. Une entreprise ne peut s'adresser à tous les acheteurs potentiels. Ceux-ci sont trop nombreux, trop dispersés et trop différents dans leurs attentes et leurs modes d'achat. En revanche, ils peuvent souvent être regroupés en sous-marchés sur un ou plusieurs critères.

La segmentation consiste à découper un marché potentiel en sous-ensembles homogènes, afin de permettre à un établissement bancaire d'adapter sa politique commerciale.

Si la collecte d'informations et l'analyse qui en découle sont autant d'éléments susceptibles d'intégrer une logique commerciale, fondée sur une approche plus personnelle de la relation avec le client, et non plus basée uniquement sur un objectif de vente de produit, il n'en demeure pas moins que les procédures de classification des profils du client restent indispensables à une adaptation poussée de l'offre bancaire. Seulement, ces techniques de segmentation des données doivent s'entendre, comme la connaissance et la segmentation du client dans sa globalité.

La segmentation marketing traditionnelle divise les clients en groupes, aux attentes homogènes, elle permet de définir des objectifs commerciaux adaptés à chacun de ces segments (595).

A

Les techniques de segmentation.

Depuis déjà de nombreuses années, les banques utilisent des techniques de segmentation afin d'élaborer leur stratégie commerciale.

Les outils de segmentation des clients doivent contribuer à mieux construire une relation avec les clients selon leurs attentes en envisageant la valeur actuelle et la valeur potentielle de chacun (596).

Avec l'appui de leurs bases de données toujours plus enrichies, les banques ont mis en place des processus de classification du comportement et du profil du client bancaire à des degrés plus ou moins élaborés. Ces processus ont évolué au fil des années et à mesure que les progrès dans différents domaines (capacité de stockage et d'exploitation des outils informatiques) avançaient.

(595) – Lamarque, Gestion Clientèle, opcit, p. 143.

(596) – Coumaros, Leusse (2004), Les informations du clients : un actif stratégique et tactique, Banque et Stratégie n° 216, Juin, p 9 et s.

A l'origine, les critères de segmentation étaient très simples et très pragmatiques, le client bancaire se distinguait uniquement en fonction de son âge et de sa catégorie socio-professionnelle. L'objectif des banques était de parvenir à distinguer des populations de clientèle pour leur proposer des gammes de produits qui devaient leur convenir. Ainsi, les produits et services spécifiquement adaptés à des portefeuilles largement excédentaires étaient proposés uniquement à une clientèle aisée et relativement âgée. De même, les efforts de communications sur les produits relatifs aux crédits immobiliers s'orientaient principalement vers les jeunes couples.

Ensuite, les segmentations comportementales (Tableau 1 ci-dessous) sont apparues, accompagnant le développement rapide de la puissance de traitement des logiciels informatiques et les capacités toujours plus importantes de stockage de données.

Tableau 1
Profils comportementaux du segment
« moyen haut de gamme à potentiel » (597).

Clients basiques multicanaux	<ul style="list-style-type: none"> - Ne détiennent pratiquement aucun produit en dehors du compte courant du compte sur livret et des crédits immobiliers. - Utilisation moyenne de l'agence qu'ils remplacent souvent par les automates et les canaux à distance.
Débiteurs high-tech	<ul style="list-style-type: none"> - Détiennent de nombreux crédits - Détiennent très largement des placements risqués - Utilisent très fréquemment les canaux à distance et les automates
Débiteurs bicanaux	<ul style="list-style-type: none"> - Détiennent très largement toute la gamme des produits de crédit - Sont des grands utilisateurs de l'agence et des automates
Patrimoniaux mixtes « high touch »	<ul style="list-style-type: none"> - Détiennent très largement toute la gamme des produits de placement avec une préférence pour les produits les moins risqués - Utilisent le plus souvent, voire exclusivement, l'agence
Transactionnel « high touch »	<ul style="list-style-type: none"> - Détiennent des produits financiers variés en très faible proportion - Ne détiennent pratiquement aucun crédit - Sont des grands utilisateurs de l'agence

La connaissance fine du comportement du client permet de mettre en œuvre une gestion individualisée du client en définissant le canal le plus adéquat. Par exemple, si la prise de rendez-vous par la plateforme téléphonique peut être faite pour l'ensemble des segments en appels entrants, les prises de rendez-vous avec des conseillers seront réalisées en appels sortants uniquement pour les clients les plus rentables. De la même

façon, des produits simples seront proposés aux segments les moins rentables par des opérations commerciales téléphoniques prédéfinies, alors que les produits complexes seront proposés en agence.

La segmentation s'avère efficace à condition qu'elle associe le potentiel du client et son mode de consommation des services bancaires. Elle permet alors de choisir le canal de communication qui alliera rentabilité et efficacité pour chacun des clients. Elle est à la base de la mise en place d'une démarche C.R.M dans la banque.

Cependant selon la doctrine (598), la segmentation ultime de la clientèle qui équivaldrait à proposer des produits exactement adaptés à chaque personne est irréaliste. En revanche, de nouvelles techniques notamment le marketing « one to one » permettent de localiser les tribus, regroupements des consommateurs ayant les mêmes attentes et les mêmes comportements. Ce nouveau marketing formalisé par Martha Rogers et Don Peppers est devenu rapidement à la fois la philosophie et la technique privilégiée pour optimiser le traitement et les relations avec les clients. Aujourd'hui le « one to one » ou **1:1** fait sentir son influence dans tous les médias interactifs depuis le publipostage jusqu'au téléphone en passant par internet.

Ces techniques de segmentation permettaient de prendre en considération les habitudes du client en détaillant de manière très précise les opérations menées sur son compte, sa consommation de produits bancaires, son attitude vis-à-vis de l'enseigne bancaire... Elles ont permis aux départements marketing des banques d'effectuer des campagnes commerciales et de communication largement mieux ciblées ; cependant, il n'apparaissait pas encore de cadre d'une relation plus personnelle avec le client, l'ensemble des démarches de ces techniques fonctionnant toujours sur des gammes de clientèle.

Il s'agissait encore alors d'orienter la pratique commerciale uniquement vers la vente de produits bancaires, le concept de fidélisation du client n'était pas pris en considération et en conséquence beaucoup de clients ne s'estimaient pas assez compris dans leurs attentes.

Aujourd'hui, une segmentation plus ciblée et néanmoins plus globale voit le jour, son objectif est d'accroître la personnalisation de la relation avec le client afin d'en augmenter le niveau de fidélisation. Cette réflexion s'appuie sur l'idée qu'un client fidèle est ce qu'il y a de plus rentable pour la banque.

La première étape d'un processus de segmentation consiste donc généralement à évaluer la valeur présente du client bancaire ainsi que son potentiel de développement. Cette recherche suppose au préalable de connaître les attentes du client ainsi que son

(598) – Henri Kaufman, Marketing « one to one et Marketing Bancaire », Banque n° 588, Janvier 1998, p. 60.

comportement en matière de demande de produits bancaires. Pour parvenir à cette connaissance, les banques ont recours à un sorte de processus de notation appelée le scoring.

B

L'utilisation des techniques de scores ou du scoring.

Le score est une méthode automatisée de notation fondée sur des analyses statistiques qui permettent d'affecter à chaque client une note représentative de son profil de risque pour la banque.

Cette technique de sélection de la clientèle née aux Etats-Unis dans les années 1950, s'est progressivement développée en France à partir des années 1970. Elle est aujourd'hui couramment utilisée par de nombreux établissements, pour le crédit à la consommation qui représente son domaine de prédilection au niveau de l'utilisation, mais également en matière de crédits immobiliers.

L'efficacité du crédit scoring, comme outil de maîtrise des risques, sera liée aux caractéristiques retenues lors de son élaboration et, évidemment, aux conditions de son utilisation.

a

Une connaissance précise de la technique du scoring.

Le scoring est une technique qui consiste dans l'évaluation individuelle d'un client par rapport à une multitude de paramètres qui permettent de tester la compatibilité des offres bancaires avec les caractéristiques du client. La banque attend ainsi, dans le cadre d'une stratégie de fidélisation, de noter les éléments défavorables pouvant mener à une rupture de la relation avec le client.

Pour produire le résultat, le client se voit affecté dans un segment individuel et unique qu'il aura reçu suite à l'analyse des informations disponibles le concernant. Ce segment particulier est défini après l'analyse globale du profil du client. Il ne s'agit pas de découper le client en différentes entités. Pour que cette segmentation ait un intérêt pratique, le client doit être considéré entièrement. Davantage, il convient de le considérer en tenant compte à la fois des aspects rentables et non rentables, sur le moment présent et sur la durée attendue de la relation.

Les banques complètent ce processus de comptabilité entre les produits et les clients en définissant des projets d'orientation de leur stratégie commerciale. Ainsi, la banque peut

vouloir mener une politique de fidélisation plus active en direction d'une catégorie de clients particulière. Par exemple, si cette dernière fait l'objet de démarches soutenues de la part d'autres établissements bancaires. Généralement, la stratégie commerciale est davantage axée sur les clients les plus rentables, soit réellement, soit potentiellement. Ainsi, la banque peut choisir de mener une campagne commerciale active envers une clientèle de jeunes clients même si celle-ci présente de mauvaises notations, dues entre autres à leur situation habituellement emprunteuse. En fait, la banque cherche à s'assurer un taux de rétention de la clientèle des jeunes plus importante, elle espère ainsi rester la banque de cette clientèle dans l'avenir lorsqu'elle deviendra rentable pour l'établissement.

Le système de décision qui résulte de la technique du scoring doit permettre de fournir des renseignements très précis sur chaque type de clientèle, de l'évaluer et d'adapter en permanence les politiques commerciales. Jusqu'à présent, le système du scoring est automatique, c'est-à-dire qu'il standardise la procédure de décision. Les informations concernant le client sont analysées, le client est alors segmenté dans une case unique, son profil de risque est renvoyé au système décisionnel, lequel donne une réponse immédiate.

Ainsi, les projets d'offre commerciale sont beaucoup mieux ciblés qu'auparavant et le taux de rétention des clients s'en trouve amélioré. Il est évident qu'un client dont l'établissement bancaire propose une offre adaptée immédiatement et sans le submerger de produits inutiles, ressentira une satisfaction et une certaine attractivité à maintenir cette relation.

b

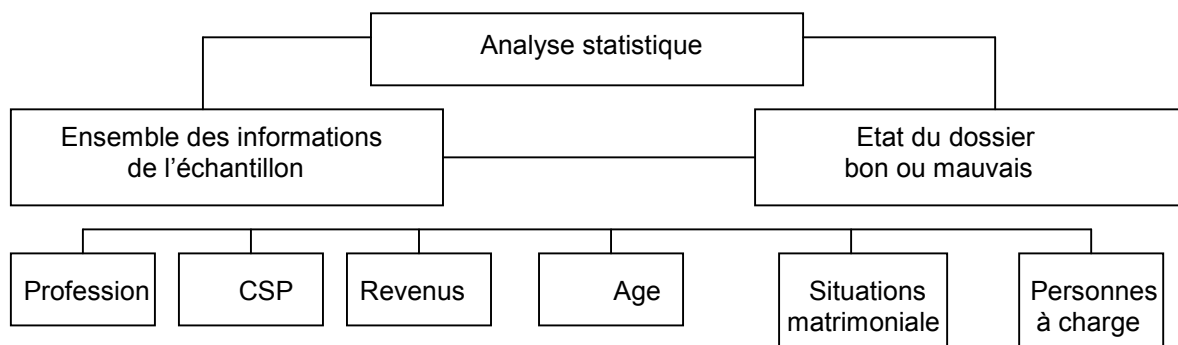
Le crédit scoring.

Le score consiste à attribuer au demandeur de crédit une note mesurant le risque d'impayé qu'il représente. Cette note est calculée à partir de l'utilisation de variables individuelles (tableau 1 ci-dessous).

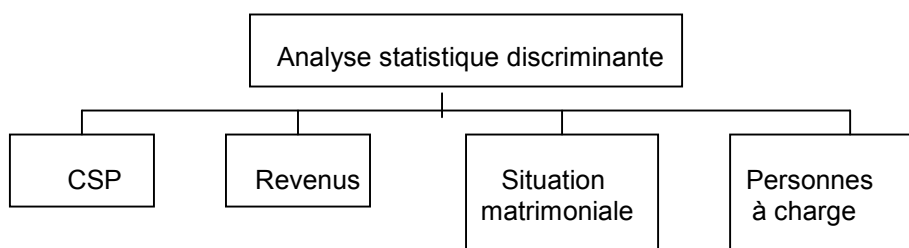
En règle générale, le score est élaboré à partir d'une analyse statistique de comparaison de profil des bons et des mauvais risques suivant la méthode du score sur historique (599).

(599) – Michel Mathieu, L'exploitant bancaire et le risque de crédit, Banque Edition, 1995, p. 186.

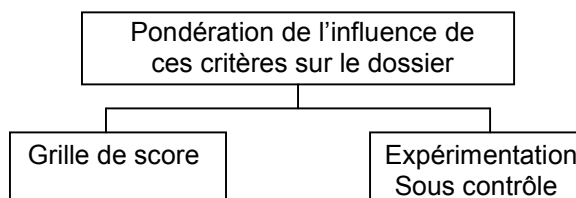
Tableau 1
La construction du score (600).



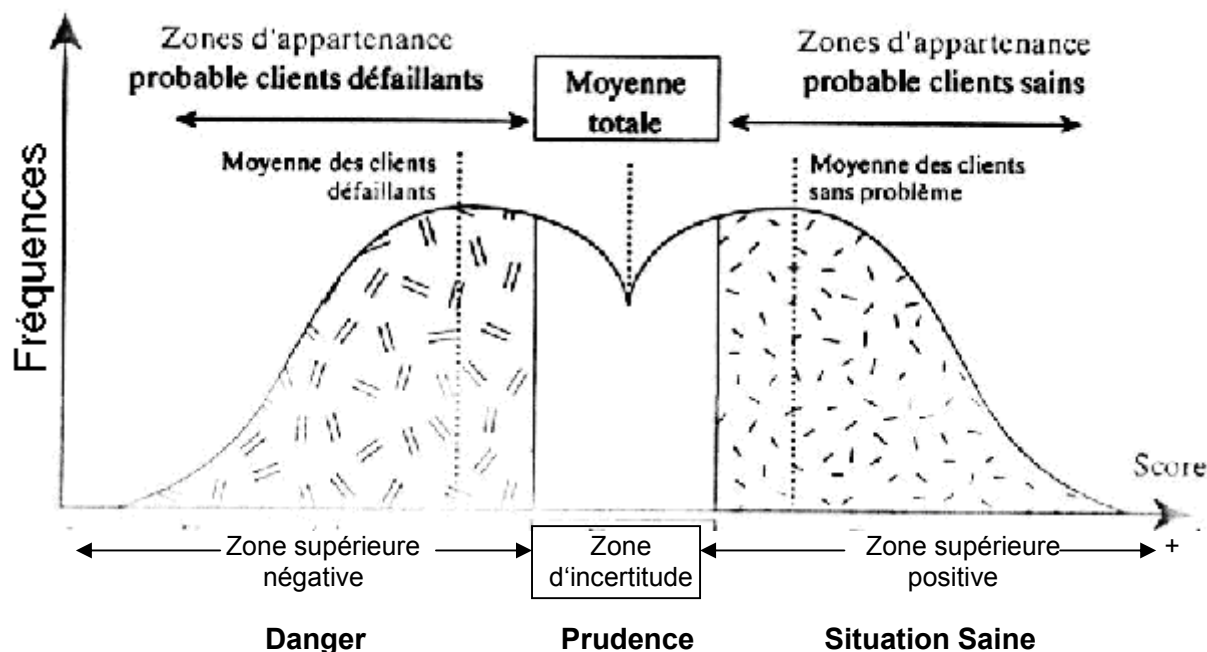
Premier ensemble d'indicateurs prédictifs du risque



Critères les plus prédictifs du risque



La classification des clients entre bons et mauvais risques résulte de l'analyse historique des incidents de paiements graves. Une catégorie intermédiaire de clients ayant eu des incidents de paiement légers est classée en clients incertains.

Suite du tableau 1

Les difficultés principales de construction du score proviennent, d'une part de ce que les variables utilisées ne sont pas toujours numériques (comme par exemple le nombre d'enfants, les revenus ...) et nécessitent une qualification, et d'autre part, que les fichiers informatiques et l'organisation même de la banque peuvent faire varier la définition économique d'un bon ou d'un mauvais client.

Le choix de l'échantillon de clients retenus pour construire le score s'avère donc fondamental. Cet échantillon doit intégrer suffisamment de bons et de mauvais clients (environ un millier de chaque catégorie) pour être représentatif. Il sera nécessaire de réunir pour chaque client toutes les informations connues figurant dans les fichiers de la banque ou devant faire l'objet d'une saisie manuelle et de veiller à réintégrer les dossiers de crédit refusés (pour ne pas fausser le score).

Les informations ainsi recueillies seront croisées avec l'état du dossier pour mesurer le pouvoir prédictif de risque de chacune des informations utilisées.

Les variables retenues (profession, revenus ...) croisées entre elles seront, en fonction de leur caractère prédictif de risque, constitutives de la batterie d'indicateurs de risque utilisés pour construire la grille de score la plus efficace.

Bien évidemment, le score devra faire l'objet d'un suivi attentif. Toute erreur dans la sélection des variables peut être lourde de conséquences pour la banque en générant des créances douteuses et litigieuses et des impayés. Indépendamment de la qualité intrinsèque du score, des facteurs externes peuvent modifier son efficacité : modification du contexte

économique, législatif, sociologique... Il est donc impératif d'effectuer des contrôles réguliers de la pertinence du score dont la durée de vie peut être très variable.

1

L'utilisation du crédit scoring.

L'utilisation du crédit scoring par un établissement de crédit répond à une double logique : la productivité par la mise en oeuvre de délégations calquées sur le score, la maîtrise d'un niveau de risque crédit jugé tolérable par la banque.

2

Crédit scoring et productivité

Le crédit scoring permet, par rapport aux méthodes traditionnelles d'instruction des crédits, un gain de temps important dans l'analyse des dossiers. Ce gain de temps doit trouver son optimisation dans sa réaffectation au profit d'opérations « de conseil » en direction de la clientèle, et/ou sur des opérations de crédit plus sophistiquées.

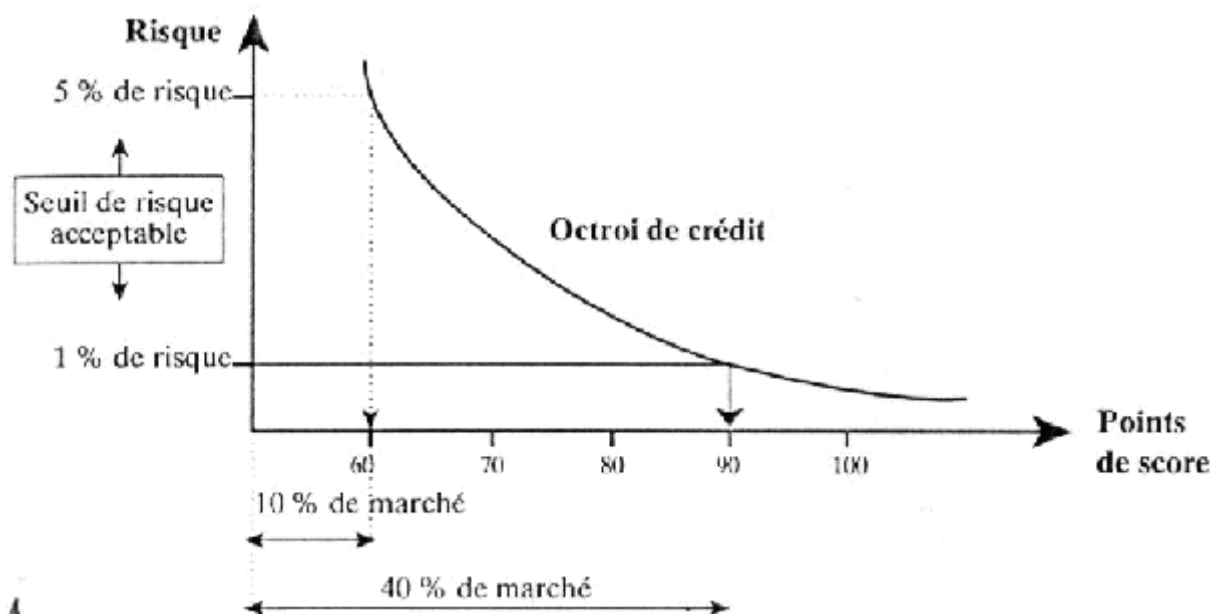
La simplicité de l'utilisation des scores, la rapidité de décision qu'ils permettent et l'homogénéité dans l'approche et l'instruction des demandes de crédit, en font un outil particulièrement adapté pour le traitement de volumes de dossiers importants, à force commerciale égale.

3

Crédit scoring et maîtrise du risque.

Parce qu'il est fondé sur une appréciation objective des critères de risque, l'utilisation des score permet à l'établissement de crédit de doser en fonction de sa sensibilité aux risques, le niveau d'impayé qu'il tolère.

Score et niveaux de risque (601).



Bien sûr, le crédit scoring n'a pas vocation à supprimer purement et simplement le risque ! Il ne peut y avoir, et ce quelque soit la qualité du score, de risque nul. Mais celui-ci contribue à suppléer la carence de spécialistes crédit, qui peuvent d'ailleurs se consacrer à l'analyse des dossiers délicats.

La maîtrise d'un niveau de risque toléré ne sera acquise que si la méthode de scores retenue est évolutive et adaptée en permanence. Les critères de risque retenus doivent être resserrés ou au contraire élargis, en fonction de l'évolution des impayés constatés dans le temps, au fur et à mesure de l'utilisation du score.

Ce suivi est également indispensable pour s'assurer qu'il n'y a pas de dérives dans l'utilisation du score : dérives internes liées par exemple au système d'information de la banque, à l'appréhension du score par les exploitants bancaires ; dérives externes dues au changement de comportement de la clientèle, à l'utilisation du score par certains prescripteurs de la banque...

Le scoring n'est certainement pas la méthode « miracle » pour limiter les risques, notamment lorsqu'il est utilisé par extension à des types de clientèle ou de prêts différents de ceux qui ont présidé à son élaboration. Il est plus simplement un outil parmi d'autres qui, convenablement mis en oeuvre et suivi, permet à un établissement de mieux maîtriser son risque crédit en fonction des axes de développement préalablement définis.

C **un ciblage fin.**

Aujourd'hui, les banques ont repoussé les techniques du scoring afin d'approfondir encore plus la connaissance du client.

Le scoring ne devient plus seulement un outil d'évaluation du risque et d'aide à la décision, il a désormais toute sa place aux côtés de la division stratégique et commerciale de la banque. Les avancées réalisées par l'utilisation de cet outil permettent d'envisager de nouveaux objectifs : parvenir à cibler encore plus finement le client pour le fidéliser, et augmenter ainsi la rentabilité de la banque.

Pour renforcer l'attractivité qu'exerce la banque à l'égard du client, l'idée est d'augmenter le caractère prédictif de la méthodologie du scoring. Parvenir à déceler les attentes du client au moment où elles s'expriment rend les banques beaucoup plus performantes, quant au ciblage de leur campagne commerciale. Grâce à l'amélioration des anticipations, les banques ont la capacité de parier sur les clients qui sont les plus susceptibles de répondre favorablement à une offre prédéterminée. Deux conséquences à ce mécanisme : d'une part les campagnes commerciales ont davantage de chance de trouver un écho favorable auprès de la clientèle, et ainsi, d'augmenter le taux de rétention de la clientèle, puisqu'à chaque produit vendu, celle-ci demeure un peu plus captive ; et d'autre part, en ciblant plus finement les clients, la banque rationalise ses opérations et diminue ses coûts puisqu'elle gaspille moins de temps et d'argent dans le démarchage auprès de clients non réceptifs.

Ces techniques nécessitent évidemment d'importants moyens informatiques afin de conserver une certaine souplesse et de la rapidité dans les procédures décisionnelles.

La banque peut désormais s'appuyer sur le scoring pour déceler les clients au potentiel de rentabilité élevée, et entreprendre une personnalisation de leur offre. La vision stratégique de la banque repose dorénavant moins sur une alternative oui/non envers un segment que sur une problématique d'adaptabilité de l'offre en matière de produits et de prestations de service (602).

Actuellement tous les clients de la banque doivent faire l'objet d'une attention particulière ; Il ne s'agit pas de proposer des produits et une qualité de service équivalente aux différents segments, mais plutôt d'adapter une offre de produits, de services, de canal de distribution, de tarification à ces différents segments.

En effet, la banque doit logiquement consacrer plus de moyens à sa clientèle rentable et au fort potentiel de croissance. Elle ne peut néanmoins se débarrasser de ces clients non

(602) – Cf. Jaoui P., « De l'alternative oui/non à la stratégie client », Banque n° 597, Novembre 1998.

rentables, ceux-ci peuvent le devenir un jour et les risques en terme de notoriété sont très importants ; elle doit donc mettre à disposition des moyens adaptés à cette clientèle afin de réduire ses coûts.

C'est en rassemblant et en analysant de nombreuses informations sur ses clients que la banque pourra cerner les attentes de chacun et essayer d'y répondre de la manière la plus satisfaisante pour les deux parties. La banque doit nécessairement accroître les bienfaits de sa relation avec le client, elle doit consacrer du temps pour analyser la situation de chacun ; l'objectif prioritaire étant de fidéliser les clients les plus rentables. Les banques doivent donc concentrer leur efforts vers les clients au plus fort potentiel de rentabilité, sans perdre de vue que ce sont les plus courtisés par la concurrence.

Des études ont montré également qu'une augmentation du taux de rétention chez les clients s'accompagnait d'un accroissement du volume d'activité et du nombre de produits en sa possession. Le cercle vertueux s'enchaîne alors puisque plus un client possède de produits dans la même banque, plus son comportement s'approchera d'un client captif

d

Personnaliser l'offre.

Les banques doivent prendre garde à ne pas envisager une stratégie de fidélisation par type de clientèle ; elles ont intérêt à définir une politique globale de fidélisation et à n'ignorer aucun segment. Par contre, il est de leur devoir de rentabilité d'adapter les moyens engagés en fonction de la valeur présente ou potentiel de chaque client. De même, la banque doit parvenir à connaître parfaitement les attentes de ses clients et ainsi, elle peut proposer au mieux une offre personnalisée.

La personnalisation de l'offre est apparemment le meilleur moyen de fidélisation de la clientèle bancaire. Les banques ont bien intégré ce concept et actuellement, chacune tente de rentrer dans l'intimité des clients.

Ces pratiques marketing consistent à traiter chaque client comme un cas unique, en utilisant toute la connaissance préalablement accumulée.

L'approche de la stratégie de fidélisation repose sur une connaissance la plus fine possible du comportement des clients afin de proposer une offre adaptée et personnalisée à chacun. Cette stratégie classique a pour but d'accroître le taux de clients fidèles et d'augmenter ainsi la rentabilité pour la banque.

Quand on est au niveau de l'individu, on parle de marketing one-to-one. Celui-ci repose sur l'idée déjà citée que des clients différents ont des attentes différentes. Il suppose que la connaissance de la clientèle est à la fois améliorée par le nombre de critères de

segmentations et par l'historique disponible. La pertinence et la qualité de la relation avec le client sont mieux réalisées et la banque, comme le client, en retire les bénéfices.

Les banques qui fonderont leurs choix stratégiques sur une connaissance précise et personnelle du client seront les plus à même de répondre rentablement à ses attentes les plus valorisées.

Section II

Rendre la clientèle captive.

La fidélisation de clientèle est une démarche progressive et approfondie. Elle s'appuie sur le développement d'une offre de plus en plus personnalisée qui constitue une solution relative à différents besoins du client. La banque doit proposer un avantage différenciant et non acheter la fidélité.

Les mécanismes à l'origine de la fidélité sont complexes, les facteurs influents sont nombreux. Les comportements de fidélité semblent davantage ressortir de la qualité des produits, de la relation, que des attributs de marque ou de promotion.

Paragraphe I

Etablir des liens.

La relation personnalisée avec le client a pour aboutissement d'établir des liens entre la banque et son client. L'intérêt est partagé : le client qui s'investit dans une relation avec sa banque reçoit en contrepartie l'assurance d'être considéré loyalement et d'obtenir des produits adaptés et répondant à ses attentes ; la banque, quant à elle, conserve un lien privilégié avec le client et ainsi sur la durée, elle en retirera une plus grande rentabilité.

A

Les packages.

La technique de tarification relationnelle définie comme une stratégie qui encourage le client à développer ses contrats avec le fournisseur de services, et qui a pour objectif principal de renforcer et de fidéliser les relations, peut prendre deux formes : soit des contrats à long terme, soit des packages.

a

L'offre de packages.

Conçue comme une offre groupée comprenant au moins deux produits ou services,

elle conduit à une réduction du coût marginal de chacun des produits ou services et à un développement des coûts partagés. Dans le secteur des services, généralement, la notion d'offre liée est développée sous une forme mixte (mixed bundling) qui permet au client d'acquiescer chacun des services soit séparément, soit ensemble.

L'intérêt du package est traduit par la notion de « surplus du consommateur » (603), c'est-à-dire qu'il permet de transférer le surplus du consommateur d'un service à un autre dont le surplus serait négatif (parce qu'il n'a pas été acheté, par exemple). Ainsi, il apparaît que la valeur totale des deux services groupés est inférieure au prix de l'offre groupée des deux services, même si séparément un seul des deux services aurait été acquis.

Trois raisons sont généralement avancées pour expliquer l'achat du package dont la somme des composantes a une valeur moindre que sa valeur globale :

- La théorie de l'information suggère que le consommateur valorise l'accès plus facile à l'information. Ainsi, l'acheteur d'un nouveau service financier a un moindre coût d'accès à l'information si l'achat est effectué auprès de l'établissement bancaire habituel que s'il est obtenu auprès d'un nouveau fournisseur ;
- Le groupage de deux services A et B peut améliorer la satisfaction retirée de l'achat du seul service désiré, par exemple A, si une complémentarité peut être perçue entre A et B ;
- Enfin, l'addition du service B au service A peut renforcer l'image globale de l'offreur dont la crédibilité apparaît ainsi renforcée.

b

Les packages bancaires se multiplient sous différentes formes :

- Un ensemble de services proposés avec l'ouverture d'un compte à vue qui peut inclure un système de rémunération des surplus de liquidités par le biais d'une Sicav ;
- L'association d'un crédit à la consommation avec le compte à vue pour améliorer la rentabilité du client en le fidélisant grâce à la souscription de produits à plus forte implication ;
- La commercialisation de crédits permanents systématiquement associés à d'autres services tels que cartes bancaires, assurances, produits d'épargne et prestations d'assistance ;

- Ou encore les « offres jeunes » qui sont conçues sur le principe du package autour d'une carte de retrait.

En effet, depuis le milieu des années 90, les banques ont multiplié leurs offres de «packages» qui groupent, le plus souvent autour d'un compte à vue, des produits ou services complémentaires : cartes, assurances, découverts autorisés etc. Leur généralisation a favorisé le développement du taux d'équipement des clients qui achètent ainsi en une seule transaction plusieurs produits unitaires sous forme d'offre indissociable. Ces packages sont présentés comme des nouveaux produits, mais ne constituent, fréquemment, qu'une nouveauté de forme par le regroupement de produits préexistants. Il faut également souligner que les packages pourraient permettre de simplifier la perception de l'offre bancaire qui ne comporte pas moins de 100 à 200 produits distincts. Les analystes considèrent le plus souvent que ces offres groupées sont d'un prix trop élevé pour le supplément de simplicité et de services offerts, services souvent superflus selon certaines critiques.

Il apparaît que seuls quelques packages haut de gamme offrent un réel avantage alors que les autres et les packages classiques sont jugés comme une « fausse économie » (604).

Le client sera plus fidèle, donc plus captif, s'il possède plusieurs produits dans la banque. Le taux de détention étant supérieur, la relation que la banque entretient avec son client s'en trouve alors augmentée. Le client hésitera toujours à quitter une banque ayant construit une relation personnelle et réciproque avec lui. Créer ce lien presque d'intimité avec la banque lui a coûté du temps et de l'investissement personnel, et une fois ces étapes réalisées, il veut en retirer des profits. Savoir qu'il devra tout recommencer le cas échéant avec une autre banque ne l'encourage pas à couper définitivement les liens avec sa banque.

C'est dans ce sens qu'il demeure captif sans que le terme ne désigne ici une quelconque privation de volonté, le client est captif et il en est satisfait puisque cette captivité est dans son intérêt.

Une fois encore, chaque client présente un profil comportemental différent et donc ses attentes sont également distinctes. La banque lui offre la possibilité en fonction de ses besoins, de choisir une offre adaptée dans un package. Les offres proposées sont en effet multiples et variées, elles peuvent aller du découvert autorisé à une assurance, en passant par un moyen de paiement. Le client composera donc lui même ses prestations, en fonction de ses envies et toujours dans le cadre d'une relation avec son banquier.

Pour fidéliser encore davantage les clients, certaines banques américaines leur permettent de choisir le logo qui figurera sur leur carte de crédit (605), soit en le choisissant parmi un catalogue, soit en le créant grâce au logiciel de dessin que la banque met à la disposition du client ; ce dernier n'hésitera alors pas à vanter sa banque à son entourage s'il est satisfait de ce service personnalisé qui lui permet d'avoir une carte de crédit unique.

Une autre personnalisation de la carte de crédit existe comme à la Banque de Montréal où les clients peuvent choisir les paramètres de leur carte bancaire. Pour cela ils sont guidés par un processus décisionnel qui leur permet de sélectionner la carte qui correspond à leurs besoins. Les clients ont alors accès à un plus grand choix de taux d'intérêt, une période plus longue sans taux d'intérêt entre l'achat d'un produit et la date du paiement à effectuer, la participation ou non à un programme de carte à points...

Cette liberté de choix des prestations est donc également un moyen utilisé à la disposition des banques pour fidéliser la clientèle, et c'est pourquoi les banques proposent des packages aux clients, afin d'augmenter leur fidélisation par une hausse des produits bancaires possédés et pour réduire les coûts de ces produits par une diffusion plus large.

B

Les cartes de fidélité.

La multiplication des cartes de fidélité proposant une possibilité de paiement est aussi un phénomène récent : carte « grand voyageur » de la S.N.C.F ou « fréquence plus » pour Air France. Dans ce dernier cas, la carte est « co-brandée » avec American Express, un des grands acteurs mondiaux de la carte de paiement. Cette tendance est pour l'instant freinée par l'interdiction de ces pratiques en France et ignorée en Algérie.

Mais beaucoup de distributeurs attendent une harmonisation avec de nombreux pays d'Europe où une enseigne peut apposer sa marque sur une carte bancaire (606).

Les cartes de fidélité sont en fait la représentation matérielle d'un processus qui consiste à récompenser le client en fonction de la quantité d'opérations qu'il a réalisées auprès de l'organisme émetteur du programme de fidélisation,

Loin du racolage et de la super promo, les programmes de fidélisation adoptent désormais des méthodes les plus pointues. Ils accompagnent de façon plus naturelle les comportements du consommateur » (607)

(605) – Cf. Kaufman H. « Marketing one-to-one et marketing bancaire », Banque, n° 588, Janvier, 1998, p. 50

(606) – Monique Zollinger, Eric Lamarque, opcit, p. 187.

(607) – Dominique Henri Perrin, l'âge de raison de la fidélisation, Banque Stratégie, n° 164, Octobre 1999, p. 12.

Les compagnies aériennes ont été les premières à utiliser ce système de points qu'elles dénommaient «miles», ce fut d'abord American Airlines qui en 1981 avait lancé le programme AAdvantage. Les banques ont repris ce principe pour les cartes de crédit qui fonctionnent avec ce système de points.

Ces cartes s'appuient sur l'idée qu'un client est fidèle à sa banque s'il en obtient des avantages : cadeaux, informations sur les nouvelles offres, réduction sur des produits bancaires...

Depuis le succès qu'a rencontré le programme d'American Express, de nombreuses banques utilisent la carte à points appelée aussi carte de fidélité dans une optique de fidélisation des clients.

La carte de fidélité étant gratuite, elle s'est répandue assez rapidement auprès du public français.

L'objectif de la carte de fidélité est que le client emploie en priorité sa carte, et donc utilise systématiquement les produits du prestataire de cette carte. Tous les règlements effectués avec la carte permettent d'accumuler des points, et les clients peuvent par la suite en choisissant dans un catalogue, les convertir en cadeaux. En fait, les banques récompensent l'utilisation de la carte.

Le concept de fidélisation par les cartes bancaires a été extrêmement poussé chez American Express. Cette banque s'engage par exemple à remplacer gratuitement la carte perdue par un client quel que soit l'endroit dans le monde où il se trouve. Aux yeux des clients, l'engagement qu'apporte American Express est essentiel et renforce la fidélité qu'ils attachent à leur banque. American Express estime que l'impact de la campagne de la carte de fidélité est fort. En effet le programme enregistre environ 7,5 millions d'adhérents dans le monde.

Plus remarquables, des études ont montré que le comportement des clients est influencé par la possibilité d'obtenir des points, le client réalisera donc une opération bancaire en fonction du nombre de points de fidélité qui s'y rattache. Des analyses ont montré qu'un client qui dépensait environ 100 francs avant son adhésion à un programme de fidélisation, en dépense désormais 160 après son adhésion, soit 60% d'augmentation. Cela ne correspond pas à une hausse des dépenses de 60% mais au fait que les clients utilisent plus souvent leurs cartes pour payer leurs achats.

On peut donc parler là d'un accroissement significatif de la rentabilité reçue par les banques en contrepartie de l'augmentation de la fidélité (608).

(608) – Cf. Nadjar J. « Les chemins de la fidélisation » et « L'âge de raison de la fidélisation » ; Perrin, D.H., Banque Stratégie, n° 164, Octobre 1999.

D'autres avantages peuvent accompagner la carte et ceci est toujours appréciable pour le client. Les études ont montré que la recherche principale du client est de bénéficier de produits et de services bancaires gratuits. Ainsi la première des demandes de conversion de points de fidélité concerne la gratuité de la carte bancaire.

Mais en plus des réductions accordées sur les produits bancaires, d'autres établissements ont élargi également le concept de fidélisation-récompense.

Ainsi, le programme du Crédit Lyonnais appelé « Advantage » comptabilise pour l'obtention de cadeaux, en plus des achats effectués par la carte, les remboursements d'un emprunt, l'ancienneté du compte, l'augmentation de l'épargne pendant une période donnée... Le client peut ensuite échanger ses points auprès de grands groupes comme la FNAC, Air Fiance, Accor ou alors il peut également obtenir des services bancaires gratuits comme son abonnement interactif au Crédit Lyonnais.

Le programme de fidélisation permet aussi de fournir des informations à la banque sur le comportement des clients en matière d'achat, par exemple en regardant l'utilisation qu'ils font de leur carte. Cela permet d'enrichir énormément les bases de données pour constituer l'historique client, dans un premier temps quand le client a été enregistré au programme, puis chaque fois qu'il effectue un achat. Cela permet ensuite à la banque de lui proposer des offres adaptées à son profil de consommation.

La banque peut ainsi repérer les clients les plus fidèles en regardant si le niveau de dépense qu'ils ont fait récemment correspond à leur moyenne, et éventuellement les solliciter si les paiements avec la carte bancaire sont inférieurs parce qu'ils ont préféré régler leurs achats avec un autre moyen de paiement, comme par exemple le chèque. La base de donnée pourra aussi renseigner la banque sur l'impact d'une opération de promotion qu'elle aura menée auprès de sa clientèle.

C

Les centres d'appels.

En offrant une oreille attentive aux besoins de la clientèle, les centres d'appels favorisent la bancarisation et une montée en gamme de leurs services (609).

La première vocation du centre d'appels est de proposer un service de banque par téléphone en complétant les services automatisés tels que serveurs vocaux, minitel et Internet. « Les centres d'appels offrent des services plus accessibles en termes d'horaires et plus étendus en gamme que l'offre des supports automatisés ».

Les centres d'appels se sont développés ces derniers temps, ils viennent en complément du minitel, de l'Internet et des banques par téléphone.

Leurs fonctions sont légèrement différentes. Ils n'ont pas pour objet de devenir un canal de distribution mais s'occupent plutôt de la relance téléphonique, des prises de rendez-vous pour les chargés de clientèle, de fournir des documents, de centraliser les appels téléphoniques...

Toutes ces fonctions viennent soulager l'agence et complètent l'approche commerciale et relationnelle.

Les centres d'appels permettent au client de ne pas être contraint par les horaires, d'éviter l'attente et d'avoir un interlocuteur compétent capable de répondre à ses questions. Le fait que les interlocuteurs soient formés pour répondre toujours aux questions de la même manière permet une grande homogénéité dans la réponse qu'ils formuleront. Toutes les demandes peuvent être alors traitées de la même façon.

Pour la banque, les centres d'appels permettent de réaliser une meilleure productivité avec des infrastructures réduites, ces structures maintiennent un lien humain permanent entre la banque et le client.

Les conseillers, pour bien répondre au client, ont besoin d'avoir sa fiche complète quand il appelle, c'est-à-dire qu'ils ont besoin d'être renseignés sur les produits qu'il possède, sur son solde, sur la nature de ses dernières opérations. Ceci rend nécessaire la mise à jour instantanée de la base de données, il faut donc que tous les contacts que le client prend soient recueillis par le système d'information, afin d'apporter une réponse adéquate au client dans un délai très court.

Les centres d'appels sont un moyen de fidélisation car ils diminuent énormément les appels perdus des clients. Ils s'obligent à répondre rapidement et à donner des réponses de qualité pour satisfaire le client. La banque peut envisager à partir de ces demandes de renseignements d'engager une action commerciale pour répondre aux attentes de ses clients, s'il apparaît qu'une incompréhension sur une offre ou le fonctionnement d'un produit risque de mécontenter une part non négligeable de clients.

Paragraphe II

Accroître les liens.

Pour ce qui est de l'avant-vente, l'offre doit être intelligible. Le client doit la comprendre et comprendre en quoi elle le sert. C'est ici que la nécessaire complémentarité entre produit et service prend tout son sens. Les services porteurs du produit mettent en valeur son caractère pratique, son utilité et sa richesse.

C'est au niveau de la conception même de l'offre que la qualité doit enrichir le marketing. Concrètement, l'écoute du client ne doit plus s'orienter exclusivement vers le produit, mais vers l'usage qui est fait de celui-ci, son emploi aisé etc.... Cette approche autour de l'usage implique aussi de tester non seulement le produit, mais encore les services complémentaires, qui avec celui-ci constituent l'offre de la banque.

En ce qui concerne la vente, la qualité doit aider à améliorer le portage de l'offre, c'est-à-dire la coordination des différents moyens de diffusion de l'offre entre eux (canaux de distribution, communication, logistique...) et dans le temps (pré-lancement, lancement, commercialisation... jusqu'à la mort du produit).

Si le portage est défectueux, nous pouvons nous attendre à des dysfonctionnements dans la vente de l'offre. Le client percevra l'offre comme mauvaise, même si elle est intrinsèquement bonne.

Au travers la qualité, l'enjeu central est la fidélisation de la clientèle existante et la captation de nouveaux clients. Tous les efforts visent à mettre le client au cœur de l'entreprise. Ce qui implique de profondes remises en cause.

A

La gestion de l'après-vente.

Tout d'abord, dans la phase d'après-vente, l'offre doit être mieux matérialisée, c'est-à-dire d'une utilisation aisée afin de garantir son bon usage pour le client.

Les banques qui parviendront à relever avec succès ces différents défis gagneront la bataille concurrentielle : outre leurs capacités propres, elles se seront « fabriquées » une armée d'alliés indéfectibles en transformant leurs clients en ambassadeurs. Trop longtemps inscrites dans une problématique de rapports de force plutôt passionnels, les relations banque / client évoluent désormais vers une logique « gagnant – gagnant ». La santé des uns fera le bonheur des autres, et réciproquement (610).

Le service après vente permet d'écouter le client, de prendre en compte ses demandes, de se servir de ses remarques pour améliorer les offres, d'identifier les problèmes et de les résoudre. Ces contacts permettent par les informations qu'ils apportent, de mieux comprendre les attentes du client. Quand l'insatisfaction du client est réglée, l'image de la banque pour le client est de nouveau valorisée, ce qui renforce les liens avec celle-ci.

(610) – Michel Laviale, La qualité dans les banques, Banque Stratégie, n° 136, Mars 1987, p. 2.

Les charges de travail des services après-vente sont souvent distinctes d'une période à l'autre ; par exemple, au moment du lancement d'un nouveau produit, les clients appellent pour se renseigner sur les conditions exactes de ce produit ou parce qu'ils n'en ont pas bien compris les principes.

Les réclamations les plus courantes concernent par ordre décroissant d'importance le compte courant, les interdictions de chèques, l'épargne et les crédits le plus souvent pour une renégociation de taux.

Les banques sont devenues très attentives aux réclamations de leurs clients. Chacune fait l'objet d'un examen approfondi par un service clients ou consommateurs, dont la mission est de trouver, rapidement, une solution.

Plusieurs établissements, poussant la démarche marketing plus loin, utilisent les réclamations dans un double but : améliorer tout dysfonctionnement dans les produits ou les processus, et fidéliser le client en développant avec lui une relation valorisante.

Certains ont mis en place un médiateur comme ultime recours. Les litiges varient peu ; ils sont liés au compte, à l'information, au crédit. Quant au service-recouvrement, à côté des procédures judiciaires, il s'efforce de conserver le contact pour éviter les mesures extrêmes et aboutir à un arrangement négocié (611).

Une réclamation est aussi un acte commercial. Elle doit être traitée, rapidement, avec une qualité irréprochable. Et deux impératifs : des délais courts et une prise en compte réelle des attentes du client (612).

Les clients ont plusieurs canaux de communication pour faire part de leurs mécontentements au service relation-clientèle ; ils peuvent utiliser le téléphone et c'est ce qu'ils font dans une grande majorité ; le téléphone a l'avantage d'être en effet plus personnel que la lettre, le client a davantage l'impression que son problème intéresse et que le personnel fera tout pour le résoudre. Un autre avantage de la gestion des réclamations par téléphone repose sur une certaine flexibilité des horaires ; en fait, le client peut s'exprimer quand il en a envie, à tout moment. Le courrier quant à lui rassemble un peu moins d'adeptes. Enfin, d'autres préfèrent toujours se rendre à leur agence pour essayer de résoudre leurs problèmes avec leur chargé de clientèle.

Le service-consommateurs, la plupart du temps, répondra au client de la même manière qu'il a été contacté, c'est-à-dire que la personne qui a écrit un courrier recevra une réponse par écrit, et la personne qui a téléphoné aura le plus souvent directement sa réponse par son intermédiaire téléphonique (613).

(611) – Abidri, Fidéliser par les réclamations, Banque Stratégie, n° 136, Mars 1987, p. 9.

(612) – Henri Arnaud, Le service de relations clientèle, Banque Stratégie, opcit, p. 23.

(613) – Nicolas . S.Y, « Quand les clients réclament », Banque Stratégie, n° 143, Novembre 1997.

Quand le service après-vente reçoit une réclamation, Il contacte le conseiller qui s'occupe du compte du client pour qu'il lui fournisse des informations sur celui-ci si le problème apparaît important.

Pour le service après-vente, la qualité et la rapidité des réponses sont les deux facteurs importants de la relation banque-client.

Un autre élément important à ne pas oublier est d'informer précisément le client de l'existence de ce service afin de l'encourager à se manifester le cas échéant.

Si les réclamations sont récurrentes pour un produit ou un service, le service consommateurs doit agir au plus vite pour résoudre le dysfonctionnement, améliorer la qualité des prestations, et donc satisfaire le client. Une résolution efficace du problème devra entraîner alors une diminution des réclamations par une prévention systématique des problèmes déjà rencontrés.

Le service relation-clientèle a été créé pour écouter le client et éventuellement décider des actions à mener en fonction du litige qui oppose le client et la banque ; il arrive souvent que la mauvaise foi du client soit manifeste et ses réclamations infondées, mais quelquefois il peut avoir raison et faire remarquer à la banque une anomalie qu'elle n'avait pas décelée.

Dans tous les cas, il est important que la banque manifeste la volonté de résoudre le problème rencontré par le client. C'est en effet par cette attention systématique qu'un client ressentira les bienfaits de son engagement avec la banque.

Pour aider les services-clientèles, des outils informatiques ont été Mis en place, ce qui leur permet d'homogénéiser et de personnaliser les réponses car ils ont des lettres-types en fonction des réponses à apporter. Egalement, si le nombre de réclamations concernant un même problème le justifie, les banques peuvent chercher à utiliser un système de réponse automatique et spécialisé pour ce type de problème. Dans tous les cas, l'outil informatique doit analyser et regrouper en différentes catégories les réclamations formulées par les clients ; l'objectif étant de visualiser les difficultés majeures rencontrées afin de s'en prémunir par la suite. Tout cela permet de répondre aux attentes du client et les contacts qu'il prend avec sa banque sont sources d'informations pour la banque, qui peut enrichir de nouveau sa base de données et connaître plus particulièrement ce qu'attend le client en matière d'offre bancaire.

La banque doit accorder une marge de manoeuvre au personnel qui s'entretient avec les clients quand il traite la réclamation, ceci pour pouvoir agir vite et prendre des initiatives commerciales susceptibles de satisfaire le client mécontent et de le maintenir fidèle.

Pour la banque, le service après-vente permet de fidéliser les clients car une personne qui prend la peine de téléphoner ou d'écrire pour exposer son cas est une personne qui

s'attache à la banque et qui souhaite que la banque résolve son problème. C'est à ce moment là que la banque doit tout mettre en oeuvre pour réparer le préjudice du client, car si le client est satisfait de l'arrangement il restera fidèle et fera part à son entourage de sa satisfaction ; cela renforcera l'image de la banque.

Certaines banques offrent une compensation aux clients en cas de dysfonctionnement : gratuité de gestion pendant 30 jours, non facturation des virements... Aux Etats-Unis, des banques offrent 2 dollars de compensation à chaque erreur d'opération sur titres, et en cas d'appel impossible offrent une carte de téléphone. Tout est fait pour rétablir l'image de la banque et pour que le client oublie ses désagréments. Effectivement, d'après plusieurs études menées, une personne qui est satisfaite du traitement de sa réclamation dans le cadre d'une prestation de service bancaire, le raconte à huit autres personnes environ, et le bouche à oreille est toujours appréciable pour la banque qui bénéficie là de la meilleure des publicités, gratuite en plus.

B

La relation d'apprentissage.

La création d'une dynamique de « test et apprentissage » constitue le véritable moteur de l'action marketing ainsi qu'un avantage concurrentiel durable.

L'essentiel est de se donner les moyens nécessaires à une prise en compte rapide et effective des évolutions des comportements des clients (614).

Test et apprentissage sont les clés de la réussite.

La relation d'apprentissage que le client a avec sa banque, si elle est commune et parfaitement réalisée, est une relation de long terme, durable dans le temps. Plus cette relation sera ancienne, plus elle ciblera parfaitement les demandes du client et donc, plus le client hésitera à changer de banque pour aller à la concurrente qui ne pourra pas fournir cet historique. La connaissance mutuelle que la banque a de son client est donc difficilement imitable par la concurrence.

La banque pour évaluer le lien qui l'unit avec son client, c'est-à-dire pour vérifier si sa relation d'apprentissage est bien ancrée, ne doit pas seulement regarder la fréquence, ni le volume des achats que le client a fait, mais doit aussi tenir compte des efforts et du temps que le client a consentis à la banque pour construire cette relation.

La durée de la relation permet au principal d'inférer une partie de l'information détenue par l'agent et élargit ses possibilités de rétorsion en cas de comportement opportuniste. La prise en compte du temps est une nécessité aux phénomènes d'apprentissage, les

contractants acquérant l'expérience sur le comportement de l'autre. Elle permet aussi d'introduire la variable réputation (tant du superviseur que du supervisé) car la réputation accroît les coûts d'opportunité des comportements opportunistes et en limite les manifestations (615).

a

Fidélisation et prix.

1 – Un consommateur ne choisit pas uniquement un produit à cause de son design, de ses qualités ou de sa marque commerciale ; le consommateur a également une attitude vis-à-vis du prix du produit et la politique de prix dans le cadre d'une stratégie de développement commercial constitue l'un des aspects du marketing mix. En effet, le prix d'un produit doit être fixé par la firme entre une limite basse, le coût de revient, et une limite haute pour laquelle il n'y a plus de demande. Dans la banque, la variable prix a longtemps joué un rôle limité dans la politique de marketing :

- un certain nombre de taux d'intérêt sur crédits comme sur dépôts était fixé par les pouvoirs publics ;
- la fixation du taux de base bancaire a été cartellisée jusqu'au début des années quatre-vingt-dix ;
- la connaissance du coût de revient des produits bancaires s'est développée progressivement.

Deux phénomènes ont entraîné une modification radicale de cette situation : le développement de la concurrence qui a conduit les établissements de crédit à utiliser l'arme des prix pour développer leurs parts de marché et la montée du consumérisme au sein de la clientèle des particuliers d'où une pression permanente pour une plus grande transparence en matière de tarification et pour un équilibrage de la relation banque – client jugée sur de nombreux plans comme trop favorable au banquier. Les pouvoirs publics se sont estimés très concernés par ces évolutions dont ils redoutaient des effets néfastes. Ils sont donc fréquemment intervenus ces dernières années tant par la voie législative que réglementaire. La politique de prix des banques en matière de taux d'intérêt et de commissions est enserrée dans des dispositifs qui s'étendent au fil des années.

2 – La banque pourra aussi en fonction de la connaissance du client qu'elle possédera faire varier ses prix. Les clients ne sont pas forcément fidèles à un faible prix, ils préféreront sûrement payer un prix supérieur pour un produit ou un service s'il correspond réellement à

(615) – Jacques de Bandt et Jean Gadrey, Relations, Service, marché des Services, C.N.R.S Editions 2005, p. 50.

leurs attentes, leurs besoins. Un client préférera un service personnalisé et sera prêt à payer plus cher que pour un service standardisé qui essayera de satisfaire les besoins de tout le monde. Mais comme les clients sont tous différents, Ils n'ont pas les mêmes besoins, ni les mêmes capacités financières ; par exemple, lors d'un remboursement de prêt, le montant des échéances à rembourser sera différent ainsi que le nombre d'années sur lequel l'emprunt a été contracté. En conséquence, la banque doit parfaitement appréhender le potentiel de son client pour lui proposer des offres adaptées à ses besoins et à ses capacités.

La banque pourra alors augmenter ses marges si elle peut pratiquer un prix normal et non un prix d'appel faible qui diminue sa rentabilité, et elle pourra aussi réaliser des économies en connaissant ses clients et leurs attentes, et en ciblant ses actions commerciales sur les clients qui seront susceptibles d'être les plus réceptifs aux démarches réalisées.

Le prix peut être aussi plus avantageux pour le client en fonction de son ancienneté, comme ce qui se pratique dans les compagnies d'assurance où il y a une dégressivité des frais dans le temps. Les banques pourraient également choisir de faire varier les tarifs des cartes de crédit en fonction de la fréquence d'utilisation qui en est faite, le client aurait donc tout intérêt à rester fidèle et à utiliser très souvent la carte.

b

Fidélisation et coût de changement.

Pour accroître la fidélité du client et ainsi le rendre plus captif, les banques ont donc développé et approfondi le concept de relation d'apprentissage.

Celle relation d'apprentissage est un excellent moyen de différenciation par rapport aux concurrents bancaires. Le client qui s'est investi dans cette relation réciproque devient captif de fait avec cette banque puisque tout changement de banque nécessitera une nouvelle phase d'apprentissage.

Pour les clients, un changement de banque a comme conséquence un accroissement du risque, car la non connaissance de la nouvelle banque ne permet pas au client d'apprécier la qualité des produits et des services offerts. Quand un client change de banque, il doit de nouveau établir une relation d'apprentissage, expliquer ses besoins, ses attentes, les produits qu'il détient et les projets qu'il aimerait bien réaliser dans l'avenir ; tout ceci pour que la nouvelle banque constitue un historique client. Ces démarches ont un coût pour le client qui hésitera alors à quitter sa banque.

Le client et la banque ont tous les deux un rôle à tenir pour entretenir une relation prioritaire : le client doit renseigner la banque sur ce qu'il souhaite, ses préférences. La banque de son côté doit exploiter les caractéristiques du client pour lui proposer des offres adaptées.

Le client deviendra fidèle s'il se rend compte que les informations qu'il donne à la banque servent à quelque chose et si la banque s'appuie dessus pour mener ses actions commerciales.

Si ce n'est pas le cas et qu'il ne perçoit aucun avantage à fournir des informations à la banque, il arrêtera alors de la renseigner. Pour la banque aussi, il y a un intérêt à exploiter les caractéristiques du client ; en effet, la collecte d'informations prend du temps et donc si elle ne sert à rien, elle fait perdre de l'argent à la banque.

Parfois, la banque possède des informations dont elle ne fait pas usage : par exemple, quand elle demande régulièrement de remplir des formulaires, comme pour l'octroi d'un prêt, alors qu'elle a connaissance de tous ces détails dans sa base de données.

L'utilisation des outils informatiques doit accompagner les orientations stratégiques de la banque qui doit alors parvenir à anticiper la demande du client.

Tout ceci permettra au banquier s'il utilise conjointement ses outils informatiques combinés à sa base de données, de personnaliser la relation qu'il a avec ses clients, de faire gagner du temps au client et donc d'engendrer des économies pour la banque.

C

Fidélisation et médiation.

Structure indépendante de la banque, la médiation est une procédure d'exception ayant pour objet d'essayer de régler les litiges avec les clients quand tous les autres mécanismes ont échoué (616).

Une procédure de médiation peut être engagée si le litige qui oppose la banque au client n'a pas été résolu directement à l'agence avec le chargé de clientèle ou auprès du service client.

L'objectif de la médiation est de trouver un arrangement satisfaisant à la fois le client et la banque ; le client doit se trouver de nouveau en confiance, et le préjudice qu'il a subi doit être réparé pour rétablir une relation mutuelle entre la banque et son client, afin que ce dernier reste fidèle. Le client apprécie la considération accordée par la banque à son égard. Si une solution est rapidement trouvée sans besoin de faire appel à la justice, cela réduira la dégradation de l'image de la banque aux yeux du client.

1- Le médiateur doit s'efforcer d'établir les responsabilités qui sont celles des deux parties. Il n'est pas un service-consommateur. Son action est beaucoup plus liée au développement de la société dans laquelle nous vivons.

2- Le médiateur a donc un rôle important dans la politique de fidélisation, il doit trouver une solution équitable qui soit acceptée par les deux parties conjointement. Il détermine de part et d'autre les responsabilités de chacun pour établir la solution qu'il préconise. La solution du médiateur n'est pas obligatoire, c'est seulement un avis, les deux parties peuvent ne pas la prendre en compte, mais la plupart du temps elles acceptent ses conclusions.

Le médiateur intervient en dernier ressort si les démarches effectuées préalablement par le client n'ont pas eu de résultats positifs. Si le médiateur n'arrive pas non plus à un arrangement, le plaignant peut recourir à la justice.

Le plus souvent, le médiateur est sollicité pour les mêmes questions comme des demandes d'information sur les remboursements anticipés, les assurances... Ces problèmes résultent régulièrement d'une méconnaissance qu'ont les clients des conditions souscrites lors de la signature du contrat.

Prenons l'exemple du Crédit Lyonnais qui depuis quelques années a mis en place pour ses clients une procédure de médiation, le médiateur est indépendant de la banque, et il ne peut être sollicité que si toutes les démarches internes ont été sans succès. Pour le Crédit Lyonnais, ce système permet un règlement à l'amiable, il est plus rapide qu'une procédure judiciaire et coûte moins cher. L'avis du médiateur peut souligner un défaut susceptible de nuire fortement à la banque, il peut faire remarquer à cette dernière que ses informations pourraient être plus claires et plus complètes pour des néophytes, ceci permet d'améliorer la qualité d'écoute de la clientèle.

Les médiateurs s'accordent à dire que la Mise à disposition de l'information doit être plus accessible afin d'améliorer la relation entre le client et sa banque.

Conclusion.

Au terme de cette étude, nous ne pouvons qu'avoir conscience de son caractère incomplet : le foisonnement des « obligations de conseil » rendant vaine toute prétention à l'exhaustivité. Notre ambition s'est limitée à porter un éclairage nouveau sur une institution en perpétuel mouvement, susceptible de convaincre le profane et l'initié qu'une utilisation rationnelle des obligations d'information et de conseil permet de concilier protection de la partie faible et rigueur du raisonnement juridique.

1 – A l'évidence, comme toutes les branches du droit fortement marquées par la présence d'un professionnel, le droit bancaire accorde une protection de plus en plus importante à la partie faible.

Initialement composé des règles du droit civil et du droit commercial, le droit bancaire a dû s'adapter pour accomplir sa nouvelle mission de protection et intégrer de multiples règles, institutions et techniques consuméristes, parmi lesquelles les obligations d'information et de conseil (617).

2 – En effet, pour leur clientèle de particuliers et d'entreprises, les banquiers fournissent des prestations extrêmement variées et très complexes. Certaines sont très anciennes et d'autres récentes (fournitures d'informations, analyses économiques et financières, négociations, rédactions de contrats comportant des clauses juridiques et délicates etc...).

Le banquier intervient aussi de plus en plus pour la gestion de patrimoine des particuliers qui nécessite une appréhension globale de la situation des clients et une technicité plus poussée dans les domaines, non seulement, financiers mais aussi juridiques et fiscaux. Pour toutes ces prestations, la clientèle n'attend pas seulement l'exécution d'opérations, mais également une capacité de conseil.

Les métiers de la banque se diversifient constamment. La concurrence étend son domaine, accentue sa pression. La clientèle elle, évolue, ressent des besoins nouveaux auxquels les banques s'adaptent rapidement.

L'Ordonnance Algérienne n° 03-11 du 26 Août 2003 relative à la monnaie et au crédit, a pris acte de cet expansionnisme de la banque en permettant aux banques d'accomplir sans restriction, toutes opérations connexes à leur activité (Article 7).

(617) – François Boucard, Les obligations d'information et de conseil du banquier, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, P.U.A.M, 2002, p. 529.

Conseiller, et d'abord informer, est le service que le banquier tend à développer pour répondre aux demandes de sa clientèle. Cette prestation revêt souvent un caractère contractuel. Toutefois, informer, ou conseiller est aussi souvent imposé aux banques par de nombreuses dispositions réglementaires de ces dernières années, mais aussi par un fort courant jurisprudentiel international qui n'a pas été insensible au consumérisme contemporain.

Les banques ont bien pris la mesure des exigences de la jurisprudence. Qui s'en plaindra. Les professionnels eux-mêmes ne sont pas restés à l'écart de cette évolution, et ont adopté des règles déontologiques qui ont le mérite d'introduire plus de transparence dans leurs rapports avec leurs clients.

Les actions salutaires (parfois excessives) des associations de consommateurs ne sont pas étrangères à cette prise de conscience. Aujourd'hui, la plupart des contrats se concluent en un laps de temps, empêchant toute vérification, ainsi se généralisent les contrats d'adhésion : ce sont autant de raisons parmi tant d'autres, pour imposer une obligation précontractuelle de renseignement (ou d'information) au banquier. Cela s'est traduit par la perte de l'omnipotence du banquier et une exigence de clarté et de transparence.

Le législateur, la jurisprudence et la pratique, sont intervenus aussi pour imposer une obligation de conseil au banquier dans le cadre des activités de marché.

Cela relève d'un devoir de loyauté et d'une nécessité de transparence dans les relations banques-clients.

Ces relations banques-clients se sont étoffées d'une prestation de conseil dans les activités financières. L'absence de connaissances financières du client, la multiplicité des « formes de placement et de financement » offertes aux particuliers expliquent en partie que les clients ont besoin des conseils de leur banquier. De nature contractuelle, cette prestation de conseil, tout en permettant aux banques de fidéliser leur clientèle, engendre pour elles une marge non négligeable.

Les banquiers se proposent de conseiller des solutions efficaces, originales et rapides à leurs clients pour résoudre les problèmes les plus divers liés à la gestion et au développement de leur activité.

Ce que recherchent les banquiers à travers leur activité de conseil, c'est avant tout une relation plus suivie avec les entreprises qu'il faut fidéliser dans un contexte de forte concurrence.

Les banquiers ne se limitent plus seulement au conseil. Leur stratégie actuelle consiste à coupler le conseil au financement, ce qui contribue à créer un lien de partenariat.

L'évolution prévisible se traduira par une relation contractuelle globale qui coiffera ensuite les relations juridiques particulières qui naîtront ponctuellement entre le banquier et son client, à la suite d'opérations individuellement conclues.

Le banquier sera ainsi en situation d'offre permanente de conseil. Ainsi appelé à s'occuper des intérêts de son client, ce partenariat, le conduira à conseiller son client, à le mettre en garde, lorsqu'il s'apercevra que ce dernier court un risque.

L'activité de conseil que la banque exerce, n'est pas sans poser de problème juridique sur le plan de la responsabilité bancaire.

Cette responsabilité doit être appréciée au cas par cas. On peut raisonnablement penser que cette activité n'est pas à haut risque juridique pour le banquier.

3 – L'objectif que poursuivait notre étude de l'obligation de conseil était de montrer aussi la cohérence d'une obligation souvent malmenée par les auteurs, surtout lorsqu'elle était d'origine jurisprudentielle, en raison de leurs difficultés à appréhender la notion dans sa diversité et à la situer à sa juste place.

Cette cohérence de l'obligation de conseil se manifeste en premier lieu dans les critères qui lui donnent naissance, que ceux-ci se trouvent dans la personnalité des parties ou dans l'existence d'un contrat. Quelle que soit l'hypothèse considérée, l'obligation de conseil apparaît comme une obligation professionnelle car à la différence de l'obligation de renseignements, elle ne repose pas sur un déséquilibre contingent de connaissances (618), mais sur un déséquilibre irréductible lié à l'intervention dans le champ de sa spécialité professionnelle, d'une partie au contrat. Quels que soient les efforts fournis par le co-contractant pour pénétrer la science professée, la connaissance des arcanes de son métier assure au professionnel une domination sur celui qui l'a choisi en fonction de son savoir et des services offerts. Dans cette perspective, l'obligation de conseil tend moins à rééquilibrer un rapport de force entre les co-contractants adversaires en assurant au consentement de l'ignorant une certaine intégrité qu'à décharger cet ignorant de l'acquisition de connaissances trop complexes de nature à ralentir le rythme des transactions dans une société de type marchand, caractérisée par une spécialisation extrême des fonctions. L'ignorant peut en conséquence rester ignorant à condition que le sachant se charge de ses intérêts et assure l'efficacité pratique de l'action envisagée, une fois donnés les quelques éléments indispensables à la formulation d'un consentement éclairé (619).

(618) – Y. Boyer, *opcit*, n° 328.

(619) – Xavière Perron, *opcit*, p. 606.

La cohérence du devoir de conseil apparaît en second lieu dans le contenu qui lui est imprimé, à défaut de volonté des parties, par le juge ou le législateur. Les différentes obligations du sachant sont organisées en vue de procurer au profane toutes les satisfactions qu'il peut légitimement espérer de la relation contractuelle qui s'ébauche. L'initié ne peut se contenter de déterminer les moyens les plus à même d'atteindre le but envisagé, mais doit au profane sur le bénéfice qu'il peut retirer de la transaction, un avis en opportunité, qui comporte le sacrifice de ses intérêts personnels. A regarder l'éparpillement des sanctions utilisées, on mesure tout l'effort fourni pour structurer le devoir de conseil afin de moraliser les pratiques professionnelles et d'assurer à l'usager consommateur une réparation convenable des dommages subis.

Le devoir de conseil ne devient alors utile que dans les cas les plus à la marge de l'activité bancaire (620).

Prenons l'exemple du devoir de conseil en matière d'opérations boursières. Il existe dans ce domaine des contrats de conseil proposés par le banquier et des comptes de dépôt de titres. La mise en garde sur le danger inhérent aux opérations de bourse n'est véritablement utile qu'en cas de compte de dépôt de titres. Pourtant, il faut bien l'admettre, ce ne sont généralement pas les profanes qui s'engageront dans ce genre de contrats. Certes, on peut admettre que le banquier, tenu de conseiller le comportement le moins risqué pour le client, doit dans ce cadre, lui conseiller, s'il est profane, de choisir la gestion assistée ou le mandat de gestion, mais on ne voit pas quel serait l'intérêt du banquier de ne pas le proposer étant donné que ce service est plus rémunérateur. De même, en matière d'octroi de crédit, le devoir de conseil n'est qu'un moyen de contrôler la proportionnalité du prêt, son caractère non excessif. Si on considère, en plus, comme le laisse présager certains arrêts (621) que cet objectif peut-être atteint par le biais du devoir de prudence et de vigilance, c'en est fini du « devoir de conseil »

Le devoir de conseil du banquier est donc limité car il n'est pas utilisé pour apporter une véritable assistance au client dans ses choix, et en fonction de ses intérêts propres, mais pour sanctionner les comportements les plus fautifs et les plus graves du banquier, lorsqu'il a négligé trop gravement les intérêts de ses clients qui recherchent la plus grande valeur possible et choisissent une banque s'ils pensent qu'elle délivre plus de valeur [étant rappelé que la valeur est définie comme la différence entre la valeur globale et l'ensemble des coûts (622)].

(620) – Flornoy Aude, *opcit.*, p. 81.

(621) – Voir, par exemple, CAss. Civ. 1^{ère}, 8 Juin 1994, Bull. Civ. I. n° 206.

(622) – Kotler, Keller, Dubois, Manceau, *Marketing Management*, *opcit.*, p. 200.

5 – La perte des clients rentables affecte grandement les résultats d'une banque. On estime que conquérir un nouveau client coûte cinq fois plus cher que fidéliser un client actuel. Une fidélisation efficace passe par le marketing relationnel. Les solutions choisies dépendent de la valeur à vie des clients ainsi que des coûts nécessaires pour les fidéliser.

La fidélisation est l'engagement profond pour acheter ou fréquenter à nouveau un produit, ou un service, en dépit des facteurs situationnels et des efforts marketing susceptibles de provoquer un changement de comportement d'achat (623).

La fidélité d'un client, dans tous les domaines est directement fonction de ce que l'on appelle les « trois R » : sa reconnaissance, la récompense, et la qualité des relations qu'on a réussi à établir avec lui. Pourquoi aller ailleurs quand votre banque parle le langage que vous attendez, anticipe vos besoins et vous propose les produits correspondants à ce que vous recherchez ? Dans cette optique, certaines banques Américaines proposent à leurs clients de choisir le visuel de leur carte de crédit parmi un catalogue éclectique : on peut même aller plus loin en remettant un logiciel de dessin au client afin qu'il imagine lui-même celui qui figurera sur sa carte. Inutile de préciser que dans ces conditions non seulement il est fidèle mais en plus devient un véritable ambassadeur et prosélyte de la banque (624).

La personnalisation est le seul vrai facteur de fidélisation. Le premier principe de fidélisation s'appuie sur la mémorisation des événements, des préférences et la capacité à anticiper les besoins des clients. Cette vision à long terme et la nécessité de préserver l'historique du client impliquent une utilisation intensive des technologies de gestion de l'information. Les techniques ne sont pas qu'une simple mémoire, elles interviennent pour redonner du sens et du contenu, et en même temps, génératrices de productivité, elles représentent pratiquement le seul moyen de compenser les coûts de développement de la politique de fidélisation qui comprend aussi bien le programme, les équipes, mais aussi les efforts nécessaires pour individualiser les relations-clientèles. Les systèmes d'information (S.I) interviennent pour combler et gérer la perte de la relation directe et c'est à cette occasion que l'on a vu apparaître de nouveaux barbarismes : data warehouse, datamining, continuous customer management, customer relationship management (C.R.M).

Le concept C.R.M est tiré de la convergence des nouvelles technologies et des nouvelles méthodes de marketing. Il offre des outils capables d'analyser et d'exploiter avec profit les informations concernant les clients. Cette relation d'intimité passe par certains éléments clefs, notamment : -

(623) – Kotler, Keller, Dubois, Manceau, opcit, p. 185.

(624) – Kotler, Keller, Dubois, Manceau, Marketing - Management, opcit, p. 185.

- La fourniture d'une aide sur les produits et services pour construire la différenciation ;
- Le développement d'offres spécifiques en fonction des besoins et des attentes pour développer la loyauté ;
- La capacité d'apprendre à partir du client par l'analyse des données ;
- Les bénéfices les plus courants de cette intelligence économique sont nombreux.
- Une meilleure information : (gestion des préférences et de l'historique du client) pour atteindre le one to one, marketing plus inspiré par les relations humaines que par les relations commerciales (625).
- Une automatisation du cycle marketing client (626).

En d'autres termes, le marketing relationnel et la gestion de la relation client (G.R.C, C.R.M) consistent à répondre aux besoins individualisés des clients à plus forte valeur. En outre, les études traduisent le fait que les coûts engagés dans une politique de fidélisation sont moins élevés que lors d'une politique de conquête (627). Il apparaît alors qu'une stratégie de fidélisation apporte suffisamment d'avantages pour que les départements stratégie et marketing de la banque cherchent à développer différentes techniques et moyens fidélisants.

Egalement, la réussite de la stratégie de fidélisation permet l'augmentation de la rentabilité et l'accroissement des gains de productivité. En effet, sur une durée plus ou moins longue et nécessitant la pérennité du dialogue entre la banque et le client, l'exploitation du potentiel financier d'un client, permet à la banque de rentabiliser les moyens qu'elle aura investis pour établir et renforcer les liens qui l'unissent à ce client. Ensuite, l'établissement d'une politique de fidélisation consiste à stabiliser un noyau captif de clients et ainsi, facilite la réduction considérable des risques de volatilité du capital-client. Enfin, la permanence d'une relation réciproque et personnalisée avec les clients, donne à la banque les moyens d'obtenir une réelle visibilité sur le marché bancaire et lui permet donc de s'adapter rapidement aux évolutions conjoncturelles.

Finalement, la banque et le client ont un intérêt réciproque à s'engager dans une relation approfondie et personnalisée. La banque appréciera l'augmentation de sa rentabilité grâce à une meilleure gestion de la qualité, de la quantité, et de la périodicité des produits

(625) – Henri Kaufman, Marketing « one to one » et Marketing Bancaire, Banque n° 588, Janvier 1988, p. 60, opcit.

(626) – René Lefebvre, Les systèmes d'information au secours de la relation client, Banque Stratégie, n° 164, Octobre 1999, p. 28.

(627) – Anne-Laure Pierre, opcit, p. 53.

proposés à son client. Quant à ce dernier, il sera probablement satisfait d'obtenir des offres adaptées à ses attentes et sera prêt à payer éventuellement plus cher pour une prestation de service bancaire sur mesure.

Par ailleurs, l'idée selon laquelle l'univers financier ne comprendrait plus à l'avenir que des mastodontes de taille mondiale est folle. A côté des grandes banques, il existera toujours, de par le monde, des banques régionales souvent plus rapides, plus rentables. En fait, on aura toujours besoin de banquiers : le seul problème, c'est de savoir, si les banquiers de demain seront ceux d'aujourd'hui, ce qui dépendra de la capacité des banquiers d'aujourd'hui à intégrer les technologies nouvelles sans perdre la confiance de leurs clients et à promouvoir un esprit réellement entrepreneurial.

Enfin, espérons qu'au fil des évolutions à venir, le droit bancaire retrouvera la cohérence qui lui fait actuellement défaut.

Annexe I (628) - Tableau : Classement des banques européennes par la rentabilité.

Classement des 100 premières banques européennes					
Classement		Etablissements (pays)	Rentabilité des fonds propres (en %)	Fonds propres en Milliards D'euros	Résultat net (en milliards d'euros)
2003	2002				
1	2	Banco Popular Espanol - Espagne	22,45	3,292	0,688
2	5	Caixa Geral de Depositos -Portugal	21,54	3,012	0,665
3	44	Allied Irish Banks (Irlande)	21,51	4,741	1,069
4	11	ING Group (Pays-Bas)	20,20	22,338	4,832
5	12	Alliance & Leicester -Royaume-Uni	18,88	2,641	0,523
6	3	Bank of Ireland (Irlande)	18,43	4,287	0,85
7	1	Lloyds TSB Group (Royaume-Uni)	18,12	13,339	2,831
8	6	Northern Rock (Royaume-Uni)	18,02	2,165	0,353
9	--	Kredietbank SA Luxembourgeoise KBL (Lxembourg)	17,76	0,98	0,174
10	9	Svenska Handelsbanken (Suède)	15,65	5,28	0,796
11	15	HBOS (Royaume-Uni)	15,44	21,817	3,185
12	19	Uni Credito Italiano (Italie)	14,79	13,471	1,966
13	16	Barclays (Royaume-Uni)	14,72	23,508	3,456
14	8	ABN AMRO (Pays-bas)	14,39	15,846	2,415
15	18	Danske Bank (Danemark)	14,16	8,023	1,11
16	53	Banci Popolare di Verona e Novara (Italie)	13,51	3,436	0,446
17	29	Caja de Ahorros de Valencia-Bancaja (Espagne)	13,07	2,085	0,261
18	27	Bradford & Bingley (Royaume-Uni)	12,93	2,124	0,273
19	25	Banco Bilbao Vizcaya Argentaria (Espagne)	12,80	18,496	2,466
20	49	Erste Bank (Autriche)	12,47	5,13	0,513
21	37	WGZ Bank (Allemagne)	12,32	1,325	0,154
22	21	Dexia (Belgique - France)	12,28	10,855	1,303
23	31	KBC (Belgique)	12,12	10,396	1,2
24	23	Foereningssparbanken - Swedbank (Suède)	12,07	4,413	0,525
25	17	BNP Paribas (France)	11,99	31,963	3,636

Classement des 100 premières banques européennes					
Classement		Etablissements (pays)	Rentabilité des fonds propres (en %)	Fonds Propres (en Milliards d'euros)	Résultat net (en milliards d'euros)
2003	2002				
26	26	OKO Bank Group (Finlande)	11,90	3,049	0,342
27	48	Royal bank of Scoland - Royaume-Uni	11,75	41,532	4,926
28	34	HSBC (Royaume-Uni)	11,67	56,182	6,781
29	32	Banco Espírito Santo (Portugal)	11,64	2,45	0,255
30	50	Bank Nederlandse Gemeenten (pays-bas)	11,35	2,608	0,283
31	41	Caja Madrid (Espagne)	11,22	5,023	0,55
32	42	Caja de Ahorros de Cataluna (Espagne)	11,20	1,556	0,166
33	38	Satander Central Hispano (ESapgne)	10,99	23,769	2,786
34	30	Nordea (Scandinavie)	10,64	11,907	1,264
35	4	Banco Commercial Portugues (Portugal)	10,64	3,307	0,343
36	60	Union Suisse des Caisses Raiffeisen (Suisse)	10,53	2,978	0,295
37	44	Standard Chartered (Royaume-Uni)	10,52	7,219	0,834
38	55	Skandinaviska Enskilda Banken (Suède)	10,35	4,665	0,476
39	51	Alpha bank (Grèce)	10,07	1,302	0,18
40	52 (a)	Crédit Lyonnais (France)	9,79	10,06	0,938
41	13 (b)	Union Bank of Norway (Norvège)	9,76	2,221	0,205
42	40 (c)	Depta bank Plc (Irlande)	9,44	2,5	0,236
43	14 (b)	DNB Group (Norvège)	9,33	3,573	0,319
44	63	Groupe Caisse d'Epargne (France)	9,24	13,097	1,166
45	65 (d)	Crédit Mutuel (France)	9,22	14,637	1,268
46	39	La Caixa (Espagne)	9,22	0,049	0,848
47	7	National Bank of Greece (Grèce)	9,01	2,416	0,216
48	35	Raiffeisen Zentralbank (Autriche)	8,94	2,232	0,181
49	47	Banca Monte dei Paschi di Siena (Italie)	8,68	6,697	0,587
50	46	UBS (Suisse)	8,65	29,216	2,656

(628) – Cf. Monique Zollinger et Eric Lamarque, opcit, p. 268.

Annexe II (629) - Tableau : Classement des banques européennes par la productivité.

Classement		Etablissements (pays)	Coefficient d'exploitation (en %)	Fonds d'exploitation (en Milliards d'euros)	Produit d'exploitation par salarié (en milliards d'euros)	Classement des 100 premières banques européennes					
2003	2002					2003	2002	Etablissements (pays)	Coefficient d'exploitation (en %)	Fonds d'exploitation (en Milliards d'euros)	Produit d'exploitation par salarié (en milliards d'euros)
1	1	Bank Nederlandse Gemeenten -Pays-bas	15,26	0,321	788,7	26	26	Bank of Ireland – Irlande	56,98	2,917	160,2
2	2	Landwirtschaftliche Rentenbank – Allemagne	20,33	0,180	906,6	27	29	Barclays - Royaume-Uni	58,49	17,397	232,9
3	4	Mediobanca (Italie)	23,27	1,005	814	28	15	Lloyds TSB – Royaume-Uni	58,92	13,636	165
4	10 (a)	Depta Bank Pic - Irlande	24,01	0,404	1.290,7	29	33	Caja Madrid – Espagne	59,57	2,093	168,9
5	5	Northern Rock – Royaume-Uni	32,20	0,837	219,5	30	46	Dexia Group – Belgique-France	59,63	5,165	207,5
6	--	Eurohypo (Allemagne)	35,50	1,217	470,7	31	41	Danske Bank – Danemark	59,64	3,529	196
7	6 (b)	Hamburgische Landesbank-Girozentrale – Allemagne	37,32	0,977	355,8	32	37	Foereningssparbanken-Swedbank – Suède	59,62	2,472	159,8
8	7	IKB Deutsche Industriebank – Allemagne	38,35	0,544	402,7	33	19 (d)	Landesbank Rheinland –Pfalz Girozentrale – Allemagne	59,86	0,462	220,1
9	9	Banco Popular Espagnol – Espagne	40,41	2,195	176,1	34	42	Allied Irish Banks – Irlande	59,87	3,875	120,9
10	8 (b)	Landesbank Schleswig – Holstein Girozentrale – Allemagne	40,74	1,434	270,8	35	51	Alliance & Leicester – Royaume-Uni	59,87	2,060	221,5
11	16	Bayerische landesbank – Allemagne	41,97	3,172	337,8	36	23	Okobank Group – Finlande	59,92	1,260	141
12	11	Nykredit Groupe – Danemark	47,61	0,706	231	37	47	HSBC – Royaume-Uni	59,95	25,849	145,7
13	12	Münchener Hypothekenbank – Allemagne	48,82	0,114	318,4	38	45	Santander Central Hispano – Espagne	60,29	14,209	136,4
14	13	Svenska Handelsbanken – Suède	49,21	2,266	232,5	39	69	Caja de Ahorros de Cataluna – Espagne	61,97	0,789	147,4
15	20	HBOS – Royaume-Uni	51,22	11,590	181,1	40	36 (e)	Union Bank of Norway – Norvège	63,15	1,033	245,3
16	14	Landesbank Sachsen Girozentrale – Allemagne	51,82	0,258	388	41	34 (f)	Banca Popolare di Bergamo – Italie	63,58	1,342	157
17	18	Landesbank Baden-Württemberg – Allemagne	52,02	2,895	203,5	42	88	DZ Bank – Allemagne	63,68	3,929	155,6
18	39	Unicredito – Italie	53,05	9,393	141,1	43	57	Bradford & Bingley – Royaume-Uni	63,71	1,119	167,4
19	22	Caja de Ahorros de Valencia-Bancaja – Espagne	53,43	0,982	143,1	44	58 (d)	Dekabank Deutsche Girozentral – Allemagne	63,86	1,050	336,8
20	10 (c)	Aareal Bank – Allemagne	54,07	0,664	197	45	50	Royal Bank of Scotland – Royaume-Uni	64,03	25,826	231
21	28	Banco Bilbao Vizcaya Argentaria – Espagne	54,24	12,349	132,7	46	53	Alpha Bak – Grèce	64,29	1,263	129,5
22	17	Caixa Geral de Depositos – Portugal	54,47	1,971	110,7	47	59	Banca Lombarda e Piemontese – Italie	64,43	1,161	155,8
23	39	Banco Espírito Santo – Portugal	54,50	1,345	157,8	48	60	Banca Popolare dell'Emilia Romagna – Italie	65,43	1,354	121,3
24	24	WGZ Bank – Allemagne	54,85	0,379	256,7	49	70	KBC – Belgique	66,06	6,400	147,6
25	30	Standard Chartered – Royaume-Uni	56,66	4,325	147,5	50	76	ING Group – Pays-Bas	66,31	21,835	193,1

(629) – Cf. Monique Zollinger et Eric Lamarque, opcit, p. 268.

Bibliographie

I

Ouvrages Généraux et Traités Spéciaux.

- Bonneau (T.), Droit Bancaire, 4^{ème} Ed., Paris, Montchrestien, 2001.
 - Benabent (A.), Droit Civil : les obligations, 7^{ème} Ed., Paris, Montchrestien, 1999.
 - Contamine-Raynaud (M.), Droit Bancaire, 6^{ème} Ed., Paris, Dalloz, 1995.
 - Galvada (C.) et Stoufflet (J.), Droit Bancaire, 4^{ème} Ed., Paris, Litec, 1999.
 - Ghestin (J.), Traité de Droit Civil : la formation des contrats, 3^{ème} Ed., Paris, L.G.D.J, 1993.
 - Mazeaud (H.) et (L.), Picod (Y.), Leçons de Droit Civil, T. 3, Sûretés et publicité foncière, 7^{ème} Ed., Paris, Montchrestien, 1999.
 - Viney (G.), Jourdain (P.), Traité de Droit Civil : les conditions de la responsabilité, sous la direction de Ghestin (J.), 2^{ème} Ed., Paris, L.G.D.J, 1998.
 - Aubert (J.L.), Responsabilité professionnelle des notaires, Defrénois, 1977.
 - Aubry et Rau, Droit Civil Français, Tome IV, VI, XII, 7^{ème} Ed., par Bartue et Esmein, Litec, 1975.
 - Avril (Y.), La responsabilité de l'avocat, Dalloz, 1981.
 - Baumann, Droit de la consommation, Litec, 1977.
 - Bedant et Lerebours – Pigeonnière, Cours de Droit Civil, 1934, Tome VIII, IX et IX bis par Lagarde, Perrot (R.) et Rodière.
 - Bihl (L.), Le droit de la vente, Dalloz, 1986.
 - Bihl (L.), Le droit pénal de la consommation, Nathan, 1989.
 - Boon (J.A.) et Coffin (R.), Les contrats clés en main, Masson, 1981.
 - Boyer-Chammard (G.) et Monzein (P.), La responsabilité médicale, P.U.F, 1974.
 - Brunhes (J.), Accidents thérapeutiques et responsabilité, Masson, 1970.
 - Buffelan-Lanore (Y.), Droit Civil, Masson, 4^{ème} Ed., 1991.
 - Calais Auloy (J.L.), Le droit de la consommation, Précis Dalloz, 1986.
 - Carbonnier (J.), Droit Civil, les obligations, Tome IV, P.U.F, Thémis, 14^{ème} Ed., 1990.
 - Cas (G.), Bout (R.) et Ferrier (D.), Droit de la concurrence, Distribution et consommation, Lamy.
 - Cas (G.) et Ferrier (D.), Traité du droit de la consommation, P.U.F, 1986.
 - Caston (A.), La responsabilité des constructeurs, Ed. du Moniteur 1979.
 - Chavanne (A.) et Burst (J.J.), Droit de la propriété industrielle, Dalloz 1980, 2^{ème} Edition.
 - Crosio (A.), Le renseignement commercial, Delmas, 1^{ère} Edition.
 - Deleuze (J.M.), Le contrat de transfert de processus technologique, Masson, 1976.
 - Demogue, Traité des obligations en général, 1923, 7 volumes.
-

- Encyclopédie Dalloz, Répertoire Droit Civil, Répertoire Droit Commercial.
 - Ferme (G.), Traité juridique et pratique de gestion immobilière, 1978.
 - Flour (J.) et Aubert (J.L.), Les obligations, l'acte juridique, Vol. 1, Armand Colin, 1990.
 - Fourgoux (J.C.), Droit du Marketing, Dalloz, 1974.
 - Fourgoux (J.C.), Milailov (J.), Jeannin (M.B.), Principes et pratiques du droit de la consommation, Ed. Delmas, 2^{ème} Edition, 1984.
 - Ghestin (J.), Traité de droit civil, les obligations, le contrat, formation, Tome 3, L.G.D.J, 2^{ème} Ed., 1985.
 - Ghestin (J.) et Desche (S.), Traité des contrats, la vente, L.G.D.J, 1990.
 - Gode (P.), Dictionnaire juridique de la consommation, Dalloz, 1983.
 - Grelon (B.), Les entreprises de services, Economica, 1979.
 - Guyon (Y.), Droit des affaires, 4^{ème} Ed., Economica, 1986.
 - Hamelin (J.) et Damien (A.), Les règles de la nouvelle profession d'avocat, Dalloz, 1977, 3^{ème} Ed.
 - Huet (J.), Contrats civils et commerciaux, responsabilité du vendeur et garantie contre les vices cachés, Litec, 1987.
 - Jurisclasseur Droit Civil, Droit Commercial.
 - Kornprorst (L.) et Delmin (S.), Le contrat de soins médicaux, Sirey 1960.
 - Lamberterie (I. de), les contrats en informatique, Litec, 1983.
 - Larroulet (Ch.), Droit Civil, les obligations, 1^{ère} partie, Economica, 2^{ème} Ed., 1990.
 - Liet-Yeaux (G.), Droit de la construction, Lib. Tech. 1990, 4^{ème} Ed.
 - Le Tourneau (Ph.), La responsabilité civile, Dalloz 3^{ème} Ed., 1982.
 - Linant De Bellefonds (X.) et Hollande (A.), Les contrats informatiques, Delmaz, 1^{ère} Ed.
 - Magnin (F.), « Know How » et propriété industrielle, Lib. Tech 1974.
 - Malaurie (Ph.), Cours de Droit Civil, 2^{ème} Ed., 1977-1978, Ed. Les cours du droit.
 - Malaurie (Ph.) et Aynes (L.), Droit Civil, les obligations, Cujas, 1990, 2^{ème} Ed.
 - Malaurie (Ph.) et Aynes (L.), Les contrats spéciaux, Civils et commerciaux, Cujas, 1991.
 - Malinvaud (Ph.) et Jestaz (Ph.), Droit de la promotion immobilière, Dalloz, 1985, 4^{ème} Ed.
 - Marty et Raynaud, Droit Civil, Tome II, Sirey 2^{ème} Ed., 1987.
 - Mazeaud (J.), et Chamas (F.), Leçons de Droit Civil par M. De Juglart, Vente et échange, Tome III, 2^{ème} Vol. Montchrestien 7^{ème} Ed., 1987.
 - Mazeaud (H.L.), Tunc (A.), Traité théorique et pratique de la responsabilité délictuelle et contractuelle, Montchrestien, Tome III, 6^{ème} Ed. 1978 et 1983.
 - Mercadal (B.) et Jamin (Ph.), Les contrats de coopération inter-entreprise, ; Lefebvre 1974.
 - Mousseron (J.M.), Burst (J.J.), Crollet (N.), Lavarne(Ch.), Leloup (J.M.) et Seume (A.), Droit de la distribution, 1975.
 - Mulhin (P.C.), Droit immobilier et de la construction, Ed. Berger, 1977.
-

- Penneau (J.), La responsabilité médicale, Sirey 1977.
 - Petel (P.), Les obligations du mandataire, Bibliothèque du droit de l'entreprise, n° 20, Litec, 1988.
 - Ripert (G.), la règle morale dans les obligations civiles, L.G.D.J, 1949.
 - Rodière (R.), Droit maritime, le navire, Dalloz, 1980.
 - Salem (M.) et Samson (M.A.), Les contrats "clé en mains" et les contrats "produits en mains", Technologie et vente de développement, Lib. Tech. 1979.
 - Savatier (R.) et (J.), Auby (J.M.) et Pequignot (H.), Traité de droit médical, Lib. Tech. 1956.
 - Savatier (R.), La théorie des obligations, Dalloz 4^{ème} Ed., 1979.
 - Savatier (R.), Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui, 2^{ème} série, Dalloz, 1959.
 - Schmidt (J.), Droit des contrats, Litec, 1989.
 - Seriaux (A.), La faute du transporteur, Economica, 1984.
 - Starck par Roland (H.) et Boyer (L.), Les obligations, Litec, 1989.
 - Vasseur (M.), Droit des affaires, droit de la concurrence et de la consommation, les contrats commerciaux, Ed. Les cours du droit 1976-1977.
 - Vezian (J.), La responsabilité du banquier, Litec 1977, 2^{ème} Ed.
 - Viney (G.), Traité du droit civil, les obligations, la responsabilité, Editions L.G.D.J, 1982.
 - Weil (A.) et Terre (F.), Les obligations, Dalloz, 1986, 4^{ème} Ed.
 - Badoc Michel, Lavayssière Bertrand, Copin Emmanuel, Marketing de la Banque et de l'Assurance, Les Editions d'organisation, 1998.
 - De Coussergues Sylvie, Gestion de la Banque, Dunod, 1996.
 - Détrie Jean-Pierre, Strategor, Politique Générale de l'entreprise, Dunod, 1997.
 - Eiglier Pierre, Langeard Eric, Servuction, Le marketing des services, Ediscience international, 1999.
 - Lovelock Christopher, Lapert Denis, Marketing des services, Stratégie, outils, Management, Publi Union, 1999.
 - Morgat Pierre, Fidélisez vos clients, Stratégies, outils et Gestion Relation Clients, Les Editions d'organisation, 2000.
 - Noyé Didier, Pour fidéliser les clients, INSEP Edition 2000.
 - Peppers Don, Rogers Martha, Le One-to-One, Valorisez votre capital-client, Les Editions d'organisation, 1998.
 - Vernet Eric, L'essentiel du marketing, Marketing fondamental, Les Editions d'organisation, 1998.
 - Zollinger Monique, Lamarque Eric, Marketing et Stratégie de la Banque, Dunod, 1999.
-

II

Ouvrages Collectifs

- L'entreprise et le droit, Union Internationale du Notariat Latin, 15^e Congrès, Paris, 1979.
- La responsabilité civile du fabricant et distributeurs en droit Français, Recherche Panthéon Sorbonne, Economica 1975.
- Garanties de résultat et transfert de techniques, Montpellier 1977, Coll. Actualités du Droit de l'entreprise, Litec.
- La protection des consommateurs, Travaux de l'Association H. Capitant, Tome 24, Dalloz 1973.
- L'information en droit privé, Travaux de la conférence d'agrégation, sous la Direction de T. Loussouarn et P. Lagarde, L.G.D.J, 1978.

III

Thèses, Monographies et Mémoires.

- Alisse (J.), L'obligation de renseignements dans les contrats, Thèse Paris II, 1975.
 - Avril (Y.), La responsabilité civile de l'avocat, Thèse Rennes 1979.
 - Boulay(J.C), La conformité des biens dans la vente des meubles corporels, Etude comparative, Thèse Paris, 1979.
 - Bouteiller (P.), Les problèmes juridiques soulevés par le cautionnement personnel consenti aux banques et aux établissements financiers, Thèse Paris, 1981.
 - Boy (L.), L'intérêt collectif en droit français, Thèse Nice, 1979.
 - Brunet (C.), Le pouvoir modérateur du juge en droit civil français, Thèse, 1973.
 - Chirez (A.), De la confiance en droit contractuel, Thèse Nice, 1977.
 - Chollet (N.), Les contrats de publicité, Thèse Montpellier, 1970.
 - Coviaux (J.C), L'habitude individuelle dans le droit des obligations, Thèse Grenoble, 1973.
 - Deneux (J.), La responsabilité civile des notaires comme conseils de leurs clients, Thèse Poitiers, 1932.
 - Doat (J.), Essai sur le rôle du notaire dans la vie juridique d'aujourd'hui, Thèse Toulouse 1968.
 - Domenach Lacour (O.), L'information du consommateur, Thèse Lyon 1978.
 - Hauteville (A. d'), Responsabilité et assurance des ingénieurs conseils et des bureaux d'études, Thèse Paris 1977.
 - Hassler (J.), Les contrats de construction d'ensembles immobiliers, thèse Strasbourg 1979.
 - Huet (J.), Responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle, essai de délimitation entre les deux ordres de responsabilités, Thèse Paris, 1978.
 - Jobin (P.G.), Les contrats de distribution de biens techniques, Thèse Montpellier, 1972.
-

- Lamberterie (I. de), Les techniques contractuelles suscitées par l'informatique, Thèse Paris, 1977.
- Legal, De l'imprudence et de la négligence comme source de la responsabilité civile, Thèse Paris 1922.
- Lestrade (O.), L'obligation de garantie dans les contrats d'exploitation de brevets, Thèse Montpellier, 1974.
- Le Toux (J.), Le contrat de "factoring", Thèse Rennes, 1977.
- Maurice (R.), Le commissaire-priseur et les ventes publiques de meubles, Thèse Lyon, 1970.
- Memeteau (G.), Essai sur la liberté thérapeutique du médecin, Etude de droit positif français, Thèse Poitiers 1973.
- Nguyen-Thanh (D.), Techniques juridiques de protection des consommateurs, Thèse Caen 1969.
- Puill (B.), Les contrats d'élevage, Thèse Rennes 1971.
- Savatier (J.), La profession libérale, Etude Juridique et pratique, Thèse Poitiers, L.G.D.J 1947.
- Fabre-Magnan (M.), de l'obligation d'information dans les contrats : essai d'une théorie, L.G.D.J 1992, Préface Ghestin (J.).
- Gnansounou (G.), Le banquier dispensateur d'informations et de conseil, Thèse Paris XIII, 1993.
- Perron (X.), L'obligation de conseil, Thèse Rennes 1992.
- Maze (M.), La responsabilité civile professionnelle de conseil juridique, Mémoire pour le D.E.S de Droit privé, Rennes 1975.
- Flornoy Aude, Devoir de conseil du banquier, Mémoire de D.E.A de Droit Privé, Lille 2000,/2001.

IV

Etudes doctrinales et Articles de périodiques.

- Atias (C.), Le crédit dénaturé, D. 1996, 37° Cahier – Chronique.
 - Benayoun (A.), L'obligation d'information ou de conseil de la banque, Légicom n° 19, 1999/3, p. 67.
 - Bigot (J.), Le devoir de conseil des non professionnels de l'assurance, R.J. Droit Bancaire et de la Bourse, Janvier/Février 1999, n° Spécial, p. 15, n° 2.
 - Casay (J.), note sous Cass. Com. 17 Juin 1997, D. 1998, p. 211.
 - Clément (J.F), Le banquier vecteur d'informations, R.T.D.Com, 1997, p. 203.
 - Crédot (F.J.), L'octroi de crédit et l'obligation de conseil du banquier, Droit et patrimoine, 1994, p. 34
 - Depondt (A.), La responsabilité des professionnels de la gestion de patrimoine et de la réglementation de leurs activités, Droit et Patrimoine, n° 55, Décembre 1997, p.24.
-

- Dion (S.) et Ghozi (A.), L'obligation d'information et de conseil du banquier à l'égard des personnes aux revenus modestes, Revue d'Economie Financière, 1999, p.229.
- Elms (L.) et Ruiz (E.), Le devoir de prudence bancaire réaffirmé en Grande Bretagne, Banque, Avril 1996, p. 64.
- Goix (A.) et Favero (M.), L'obligation de conseil du banquier et le passage à l'Euro, Droit et Patrimoine, 1999, p. 33.
- Groutel (H.), Le devoir de conseil, RD banque et bourse, Janvier / Février 1999, n° spécial, p.4.
- Groutel (H.), L'information et le conseil, R.G.D.A 1998, n° 3.
- Jourdain (P.), Le devoir de « se » renseigner (contribution à l'étude de l'obligation de renseignement), D. 1983, chron, p. 139.
- Kullmann (C.), Actualité de l'assurance de groupe des emprunteurs, Petites Affiches, 17 juin 1998, n° 72, p.45.
- Lacotte (J.), Quelles limites au devoir de non ingérence de la banque ? Banque et Droit, 1999, p. 65
- Leclercq (P.), L'obligation de conseil du banquier dispensateur de crédit, R.J.DA 4/95, p. 322.
- Legeais (D.), L'obligation de conseil de l'établissement de crédit à l'égard de l'emprunteur et de sa caution, Mélanges AEDBF, 1999, p. 257.
- Le Tourneau (P.), De l'allégement de l'obligation de renseignements ou de conseil, D, Chron. 1987, p. 198.
- Le Tourneau (P.), Les professionnels ont-ils du coeur ? D. 1990, Chron. p.2 1.
- Maleville (M.H.), La responsabilité civile des intermédiaires professionnels au titre du devoir de conseil, J.c.p. Ed. G. 2000, p. 735.
- Saint-Affrique (B.), Le devoir de conseil, Rép. Defrénois, 1995, art. 36134.
- Savatier (R.), Les contrats de conseil professionnel en droit privé, D. 1972, Chr p. 137.
- Scholastique (E.), Les devoirs du banquier dispensateur de crédit, note sous Cass. civ. 1^{ère} 27 Juin 1995, Rép. Defrénois, 1995, Art. 36352,
- Vasseur (M), Des responsabilités encourues par le banquier à raison des informations, avis et conseils dispensés à ses clients, Le droit et la banque, n° 431, Septembre 1983, p. 943.

V

Décisions de jurisprudence.

1

L'obligation contractuelle de conseil du banquier.

- Cass. Com. 5 Novembre 1991, R.J.D.A. 1/92, n° 68 ; Quot. Jur. 21 Janvier 1992, p. 6 ; R.T.D.Com 1992, 436, n° 22 ; Bull. Joly, 1993, 292.
-

- Cass. Civ. 1^{ère}, 27 Juin 1995, Bull. Civ. I, n° 287 ; J.c.p. Ed. E., II, 652, note Legeais (D.) ; R.T.D.Civ., 1996, p. 385, obs. Mestre (J.) ; Rep. Defrénois, 1995, Art. 36210, note Mazeaud (D.), 1996, Art. 36352, note Scholastique (E.) ; D. 1995, 621, note Piedelièvre (S.).
- Cass. Com. 23 Juin 1998, Bull. Civ. IV, n° 208 ; J.c.p Ed. E, 1998, p. 1831, note Legeais (D.).
- Cass. Com. 11 Mai 1999, J.c.p. 1999, p. 1730, 2^{ème} espèce, note Legeais (D.).

2

L'hypothèse d'un devoir de conseil professionnel du banquier.

- Paris, 26 Mai 1967, J.c.p. 1968, II, 15518, note Stoufflet (J.) ; R.T.D.Com., 1968.1102, obs. Cabrillac (M.) et Rives-Lange (J.L.) ; Amiens (Ch. Réunies), 24 Février 1969, J.c.p. 1969, II, 16124, note Galvada (C.), R.T.D.Com., 1969, 1059, obs. Cabrillac (M.) et Rives-Lange (J.L.).
- Cass. Civ. 1^{ère}, 22 Février 1984, D. 1984, Jur. P. 386, note Groutel (H.) et Berr (Cl. J.).
- Cass. Com. 7 Avril 1992, pourvoi n° 90-14955.
- Cass. Com. 4 Octobre 1994, pourvoi n° 91-14143.
- Paris, 30 Mai 1997, Jursi-data n° 021367, in Legeais (D.), L'obligation de conseil de l'établissement de crédit à l'égard de l'emprunteur et de sa caution, Mélanges AEDBF, 1999, p. 257.
- Cass. Com. 18 Mai 1999, pourvoi n° 96-14742.
- Cass. Com. 3 Mai 2000, pourvoi n° 97-11209.

3

L'étendue du devoir de conseil du banquier quant aux cocontractants.

- Cass. Com. 4 Juin 1991, Pourvoi n° 89-15742.
 - Paris, 16 Novembre 1991, juris-data n° 108771.
 - Cass. Com. 12 Novembre 1992, pourvoi n° 90-18502.
 - Cass. Com. 18 Mai 1993, Bull. Civ., IV, n° 188 ; D. 1994, p. 142, note Najjar (I.) ; Gaz. Pal. 1994, Journal du 3 Février 1994, p. 86, note Piedelièvre (S.), R.T.D.Com. 1994, p. 702.
 - Cass. Com. 23 Février 1993, Bull. Civ. IV, n° 68 ; D. 1993, Jur. P. 424, note Najjar (I.) ; R.J.D.A. 8-9/93, n° 708 ; R.T.D.Com. 1993, p. 557.
 - Cass. Civ. 1^{ère} 8 Juin 1994, Bull. Civ. I, n° 206 ; J.c.p. Ed. E. 1995, II, 652, note Legeais (D.) ; R.D. bancaire et bourse, 1994, n° 44, p. 173, obs, Crédot (F.) et Gérard (Y.).
 - Cass. Com. 24 Mars 1998, in Benayoun (A.), L'obligation d'information ou de conseil de la banque Legicom, 1999/3, p. 67.
-

4

L'étendue du devoir de conseil quant au domaine d'application.

- Cass. Civ. 1^{ère} 8 Juin 1994, Bull. Civ. I, n° 206 ; J.c.p. Ed. E. 1995, II, 652, note Legeais (D.) ; R.D. bancaire et bourse, 1994, n° 44, p. 173, obs, Crédot (F.) et Gérard (Y.).

Montpellier, 12 Novembre 1998, J.c.p. Ed. E. , 2000, Panorama Rapide, p. 391 ; Banque et Droit 1999, p. 28, note De Vauplane (H.).

5

La définition du conseil du banquier.

- Toulouse, 16 Février 1984, D. 1985, p. 346, in Crédot (F.J.), L'octroi de crédit et l'obligation de conseil du banquier, Droit et Patrimoine, 1994, p. 34 et Leclercq (P.), L'obligation de conseil du banquier dispensateur de crédit, R.J.D.A 4/95, p. 322.
- Cass. Com. 18 Novembre 1997, Banque, 1998, n° 6.
- Cass. Civ. 1^{ère}, 28 Mars 2000, R.G.D.A, 2000, p. 489.

6

La faute du banquier

- Cass. Com. 23 Février 1993, Bull. Civ. IV, n° 68 ; D. 1993, Jur. p. 424, note Najjar (I.) ; R.J.D.A 8-9/93, n° 708 ; R.T.D.Com. 1993, p. 557.
- Cass. Civ. 1^{ère} 27 Juin 1995, Bull. Civ., I, n° 287 ; J.c.p. Ed. E. II, 652, note Legeais (D.) ; R.T.D.Civ. 1996, p. 385, obs. Mestre (J.) ; Rep. Defrénois, 1995, Art. 36210, note Mazeaud (D.) et 1996, Art. 36352, note Scholastique (E.) ; D. 1995, 621, note Piedelièvre (S.).
- Cass. Civ. 19 Mars 1996, Banque 1996, p. 92, note Guillot (J.L.) ; D.A. 1996, p. 576, in De Vauplane (H.) et Bornet (J.P.), Droit des marchés financiers, n° 994.
- Cass. Civ. 1^{ère} 25 Février 1997, J.c.p. Ed. G. 1997, I, n° 4025, n° 7, obs. Viney –G.) ; Petites Affiches, 16 Juillet 1997, p. 17.
- Cass. Civ. 1^{ère}, 29 Avril 1997, Bull. Civ. I, n° 132.
- Cass. Civ. 1^{ère}, 9 Décembre 1997, Bull. Civ. I, n° 356.

7

Le préjudice et le lien de causalité

- Cass. Com. 10 Décembre 1996, Quot. Jur. n° 15 du 20 Février 1997, p. 3, note J.P.D. ; Bull. Joly Bourse 1997, p. 205, note De Vauplane (H.) ; Cahiers de gestion du Patrimoine Septembre / Décembre 1997, p. 20, note Lucas (F.X.).
 - Cass. Civ. 2^{ème}, 2 Juillet 1997, Bull. Civ., II, n° 212 ; Petites Affiches 1997, n° 120, p. 9, note Martin (D.R.).
-

- Dijon, 29 Avril 1999, in Martin (D.R.), De la causalité dans la responsabilité civile du prêteur, Banque et Droit 1999, n° 68, p. 3.

VI

Sites Internet.

- Le site de l'A.F.B, Euro et restructuration du système bancaire en Europe, www.afb.fr
- Le site du magazine Logiciels&Systèmes, Dossier Spécial Fidélisation Client, Dossier Spécial C.R.M, www.grd-publications.com.
- Les sites du cabinet de conseil Cegos, La banque de demain, www.cegos.fr.
- Le site des Echos, www.lesechos.fr
- Le site du Monde, www.lemonde.fr
- Le site de la tribune, www.latribune.fr.

VII

Le Droit Algérien

- La Loi n° 88-01 du 12 Janvier 1988 portant loi d'orientation des entreprises publiques économiques (J.O.R.A.D.P n° 2 du 13 Janvier 1988).
 - La Loi n° 89-02 du 07 Février 1989 relative aux règles générales de protection du consommateur (J.O.R.A.D.P n° 6 du 8 Février 1989).
 - Le Décret exécutif n° 90-39 du 30 Janvier 1990 relatif au contrôle de la qualité et à la répression des fraudes (J.O.R.A.D.P n° 5 du 31 Janvier 1990).
 - Le Décret exécutif n° 90-286 du 15 Septembre 1990 relatif à la garantie des produits et services (J.O.R.A.D.P n° 40 du 19 Septembre 1990).
 - L'Ordonnance n° 03-03 du 19 Juillet 2003 relative à la concurrence (J.O.R.A.D.P n° 43 du 20 juillet 2003).
 - L'Ordonnance n° 03-11 du 26 Août 2003 relative à la monnaie et au crédit (J.O.R.A.D.P n° 52 du 27 Août 2003).
 - La Loi n° 04-02 du 23 Juin 2004 fixant les règles applicables aux pratiques commerciales (J.O.R.A.D.P n° 41 du 27 Juin 2004).
 - La Loi n° 05-02 du 6 Février 2005 modifiant et complétant l'Ordonnance n° 75-59 du 26 Septembre 1975 portant code de commerce (J.O.R.A.D.P n° 11 du 9 Février 2005).
 - La Loi n° 05-10 du 20 juin 2005 modifiant et complétant l'Ordonnance n° 75-58 du 26 Septembre 1975 portant code civil (J.O.R.A.D.P n° 44 du 26 Juin 2005).
 - La Loi n° 07-05 du 13 Mai 2007 modifiant et complétant l'Ordonnance n° 75-58 du 26 Septembre 1975 portant code civil (J.O.R.A.D.P n° 31 du 13 Mai 2007).
-

Table des matières

	Pages
Avant-propos.....	II
Résumé du Mémoire.....	III
Abréviations utilisées.....	IV
Introduction.....	1
Plan du Mémoire.....	10
<p style="text-align: center;"><u>Première Partie.</u></p> <p style="text-align: center;"><u>Devoir de Conseil du Banquier</u></p>	11
Introduction.....	12
<u>Chapitre I – Les contours du devoir de conseil du banquier.</u>	15
<u>Introduction</u>	16
<u>Section I – Le fondement du devoir de conseil du banquier.</u>	17
Paragraphe I – L’obligation contractuelle de conseil du banquier.	19
A – Le rattachement de l’obligation de conseil au contrat.	19
B – La Justification du rattachement du devoir de conseil au contrat.	22
Paragraphe II – L’hypothèse d’un devoir de conseil professionnel du banquier.....	24
A – Une hypothèse envisageable.	26
B – Une hypothèse rejetée par la jurisprudence.	30
<u>Section II – L’étendue du devoir de conseil du banquier.</u>	35
Sous-Section I – L’étendue du devoir de conseil du banquier quant aux cocontractants..	35
Paragraphe I – Le profane, créancier du devoir de conseil.	35
A – La notion de profane en matière bancaire.	44
B – L’appréciation jurisprudentielle de la qualité de profane.	48
1 – Le professionnel.	49
2 – Le non professionnel.	54
Paragraphe II – Les initiés créanciers de l’obligation de conseil.	56
A – La définition de l’initié.	57
B – La condition juridique de l’initié.	66
Paragraphe III – Le tiers bénéficiaire auxiliaire de l’obligation de conseil.	68
Paragraphe IV – Le débiteur du devoir de conseil.	73
A – Le banquier débiteur du devoir de conseil : un cocontractant.	75

B – Le banquier débiteur du devoir de conseil : un professionnel.	76
Sous-Section II – L'étendue du devoir de conseil quant au domaine d'application.....	78
Paragraphe I – La détermination du domaine d'application du devoir de conseil.....	78
Paragraphe II – Les applications du devoir de conseil du banquier.	83
I – Les applications majeures du devoir de conseil.	83
A – Le devoir de conseil lors des opérations bancaires.	83
1 – La reconnaissance expresse d'un devoir de conseil des établissements de crédit à l'égard des emprunteurs.	87
a – Contenu de l'obligation de conseil.	88
b – L'obligation de se renseigner de l'établissement de crédit.	89
c – L'obligation pour l'établissement de crédit de refuser le prêt demandé.	90
d – Les bénéficiaires de l'obligation de conseil.	91
2 – La reconnaissance implicite d'une obligation de conseil des établissements de crédit à l'égard des cautions.	93
a – La reconnaissance d'un devoir de conseil au bénéfice des cautions.	94
b – Les cautions bénéficiaires du devoir de conseil.	96
B – Le devoir de conseil lors des opérations connexes et des opérations non-bancaires... 98	
a – Conseils et assistance du banquier dans la gestion d'un portefeuille de valeurs mobilières.	100
b – Devoir de conseil et d'assistance du banquier en matière de commerce international..	104
c – Les conseils prodigués par le banquier en matière d'assurance.	105
II – Les applications envisageables du devoir de conseil.	106
<u>Section III –</u> Appréciation critique du devoir de conseil.	108
Sous-Section I – Le choix du degré de protection.	109
Paragraphe I – Le client de la banque est assisté d'un conseil.	109
Paragraphe II – La protection injustifiée malgré la présence d'un risque pour le créancier.....	111
A – Le créancier de l'obligation d'information ou de conseil n'ignore pas légitimement le risque.....	111
a – L'information fait l'objet d'une publication.	112
1° – Le principe.	112
2° – Les exceptions : l'existence d'un devoir de conseil.	114
b – L'absence de devoir de conseil du teneur de compte-conservateur.	115
B – Le débiteur de l'obligation de l'information ignore légitimement le risque.	115

Sous-Section II – La place du devoir de conseil dans l’appréciation de la responsabilité du banquier dispensateur de crédit.	115
Paragraphe I – Les crédits susceptibles d’entraîner la responsabilité de la banque.....	116
Paragraphe II - L’opportunité du crédit.	119
A – Le fondement de la responsabilité du banquier.	119
a – Le principe : la décision d’octroyer ou de refuser le crédit appartient au banquier....	120
b – Les conséquences du principe quant au fondement de la responsabilité.....	122
B – La nature et l’étendue des obligations liées à l’appréciation de l’opportunité du crédit.	126
a – La banque doit contrôler l’adaptation du crédit à la situation financière du crédit.....	126
b – La banque n’a pas à contrôler l’adaptation de son concours à l’activité du bénéficiaire du crédit.	130
Sous-Section III – La place de l’obligation du devoir de conseil dans l’appréciation de la responsabilité du dispensateur de crédit non prépondérante.....	133
<u>Section IV – Absence de responsabilité de la banque dispensatrice de crédit en dehors du champ de l’obligation de conseil.</u>	133
<u>Chapitre II – La mise en œuvre du devoir de conseil du banquier.</u>	136
<u>Section I – L’exécution du devoir de conseil.</u>	137
Paragraphe I – La détermination du conseil du banquier.	138
A – La notion de conseil.	138
a – La mise en garde : un conseil négatif.	139
b – Le conseil positif.	141
B – L’objet du conseil du banquier.	142
a – l’objet du conseil : le risque encouru par le client.	142
b – L’objet du conseil : le risque encouru par le client à l’occasion du contrat.....	146
c – Obligation de mise en garde et obligation de conseil.	147
Paragraphe II – Les limites du conseil du banquier.	150
A – Le refus de contracter ou d’exécuter les ordres du client.	150
B – Le secret bancaire.	159
<u>Section II – La sanction de la violation du devoir de conseil du banquier.</u>	160
Sous-Section I – L’émiettement des sanctions.	161
Paragraphe I – La sanction du conseil sous l’angle de l’information du profane.....	161
A – Les mesures générales : Les vices du consentement.	161

a – Le dol.	162
b – L’erreur.	166
B – Les mesures spéciales.	167
Paragraphe II – La sanction du conseil sous l’angle du résultat obtenu.	171
Sous-Section II – L’unité de la sanction.	174
Paragraphe I – La responsabilité du banquier au titre de son activité de conseil.....	174
A – Une jurisprudence étrangère bien établie.	175
B – Les nécessaires atténuations à la responsabilité du banquier.	178
Paragraphe II – La mise en œuvre à la responsabilité.	181
A – La faute du banquier.....	181
B – La définition de la faute du banquier.	181
C – La preuve de la faute du banquier.	183
Paragraphe III – Le préjudice et le lien de causalité.	184
A – Le préjudice.	184
B – Le lien de causalité.	186
a – La faute du banquier : cause nécessaire du dommage.	186
b – La faute du banquier : cause non exclusive du dommage.	188
<u>Deuxième Partie.</u>	190
<u>Fidélisation de son client.</u>	
<u>Chapitre III – Elaborer une stratégie</u>	192
Introduction.....	193
<u>Section I – Faire un constat du marché.</u>	194
Paragraphe I – Le marketing des Services.	194
A – La notion de service.	195
a – L’immatérialité.	196
b – La périssabilité.	197
c – L’indissociabilité.	197
d – L’hétérogénéité.	198
B – Les services bancaires aux ménages : Une dialectique de la réduction des interactions opérationnelles simples et de l’intensification des relations de services complexes.....	198

C – Les services financiers tournés vers le marketing relationnel.	201
D – Services et capitalisation des connaissances.	204
E – De l'économie des services à l'économie des relations de service.	209
a – C'est la relation de service qui fait la différence.....	212
b – L'accent sur les relations de service et les conséquences de cette focalisation.....	212
F – L'éclatement des conceptions du produit et des performances est-il une spécificité des services.	214
G – La sophistication croissante des produits offerts.	214
H – L'incertitude et l'irréversibilité attachées à la prestation et « aux principes supérieurs de grandeur » en présence.	216
i – Les conventions de service.	219
a – Conventions de prestation et conventions de fidélité.	219
b – Les participants aux conventions de service : Relations A et B.	220
c – Le contenu des conventions de prestation.	222
d – le contenu des conventions de fidélité (ou d'infidélité).	224
Paragraphe II – Qualité et qualification des services.	225
A – Qualité, norme : Définition.	228
B – Processus de qualification des services.	231
C – Dynamique des services et qualification.	239
Paragraphe III – La demande de services bancaires.	244
A – L'hétérogénéité de la demande.	244
B – L'atomicité de la demande.	244
C – La stabilité de la demande.	244
D – L'irrationalité de la demande.	245
Paragraphe IV – Le comportement du client bancaire.	245
A – La phase d'achat.	246
a – La reconnaissance d'un état de manque.	246
b – La recherche d'information.	247
1 – La recherche interne.	248
2 – La recherche externe.	248
c – La comparaison des prestations offertes.	249
B – L'attitude décisionnelle.	250
a – Les facteurs comportementaux.	250
b – Les catégories de clients.....	251

Paragraphe V – La fidélité du consommateur : attitudes – comportements.....	251
A – Un dû pour les consommateurs.	252
a – Une évidence économique liée aux mutations des comportements d’achat.....	252
b – une attitude consciente impliquée de la part des consommateurs.	252
B – La fidélité : une notion clairement intégrée par les consommateurs.....	253
C – Un concept multiforme.	253
D – Les six visages de la fidélité.	253
1 – La fidélité de satisfaction.	254
2 – La fidélité relationnelle.	254
3 – La fidélité fonctionnelle.	254
4 – La fidélité promotionnelle.	254
5 – La fidélité à la marque.	255
6 – La fidélité routinière.	255
E – Les limites de la fidélisation.	255
a – Un phénomène de banalisation et de méfiance.	256
b – Un phénomène de déviance.	256
Paragraphe VI – Le contexte concurrentiel.	257
A – Un changement radical de contexte concurrentiel.	258
B – La mondialisation des marchés financiers, la déréglementation et le progrès technologique.....	258
1 – Les mouvements internationaux de capitaux.	258
2 – La déréglementation à l’échelle mondiale.	259
3 – Les progrès technologiques.	260
C – L’innovation financière.	261
a – De nouvelles offres d’intermédiation bancaire.	261
b – Une nouvelle gestion des moyens de paiement.	261
D – Les nouveaux entrants.	262
a – La grande distribution.	263
b – Les portails financiers.	265
1 – Un nouveau concept.	265
2 – Satisfaire et fidéliser le client.	265
3 – Un outil commercial.	266
4 – Un choix stratégique.	267
c – Le Portail Financier représente l’outil Marketing des banques.	267

Paragraphe VII – Relations de clientèle et concurrence sur les marchés bancaires.....	269
A – Les relations de clientèle améliorent le fonctionnement du marché du crédit.....	270
a – Relations de clientèle et gains d’efficience.	271
1 – Les relations de clientèle permettent d’améliorer l’efficience de l’intermédiation bancaire.	272
2 – Les relations de clientèle permettent d’améliorer l’efficience des contrats de crédit.	274
b – Relations de clientèle et rationnement de crédit.	275
B – Relations de clientèle et forme de la concurrence sur le marché de crédit.....	276
a – Relations de clientèle, pouvoir de marché et inefficience de l’allocation du capital sur le marché du crédit.	277
1 – L’asymétrie d’information et le pouvoir de marché en résultant.	277
2 – Contrats d’équilibre et inefficience de l’allocation du capital sur le marché du crédit.	278
3 – Les contrats implicites fondés sur la réputation de la banque : Un moyen de réduire l’inefficience de l’allocation du capital sur le marché du crédit.....	279
b – Les relations de clientèle ont-elles un effet durable sur la structure du marché de crédit	281
Section II – Définir la politique de commercialisation.	283
Paragraphe I – Les supports et les objectifs de l’action commerciale.....	284
A – Vis-à-vis des outils à disposition.	284
a – Le service.	284
b – La satisfaction.	285
c – L’image institutionnelle et la notoriété.	287
d – Le prix.	288
B – Vis-à-vis des clients.	289
a – La dichotomie valeur perçue, valeur réelle.	289
b – Un modèle général de fidélisation autour de la solidarité.	291
Paragraphe II – La distribution des produits bancaires	292
A – Les canaux de distribution.	294
a – Le développement du multicanal dans la banque.	295
b – L’agence bancaire.	296
c – Le site Internet.....	297
1 – « Internet renforcera la relation avec les clients ».	297

2 – A l'écoute du client : vers le C to B.	298
d – La banque à distance.	298
e – Les automates bancaires.	300
B – Les déterminants de ces canaux.	301
a – Le rôle de l'interlocuteur.	301
b – Le rôle du prix.	302
Chapitre IV – Mettre en œuvre une stratégie	304
<u>Section I – Cibler la clientèle.</u>	306
Paragraphe I – La collecte d'informations.	306
A – L'étape du recueillement.	306
a – La base de données.	307
b – Le paramétrage du système d'information de la banque en matière de gestion automatique des relances.	308
1 – La gestion des comptes.	308
2 – Le traitement des prêts.	310
c – Les outils d'exploitation.	311
d – Une relation personnalisée.	314
B – Le baromètre de satisfaction.	315
Paragraphe II – Le système d'information.	317
A – Les techniques de segmentation.....	317
B – L'utilisation des techniques de scores ou du scoring.	320
a – Une connaissance précise de la technique du scoring.....	320
b – Le crédit scoring.	321
1 –L'utilisation du crédit scoring.	324
2 – Crédit scoring et productivité.....	324
3 – Crédit scoring et maîtrise du risque.	324
c – un ciblage fin.	326
d – Personnaliser l'offre.	327
<u>Section II – Rendre la clientèle captive.</u>	328
Paragraphe I – Etablir des liens.	328
A – Les packages.	328
a – L'offre de packages.	328
b – Les packages bancaires se multiplient sous différentes formes :	329

B – Les cartes de fidélité.	331
C – Les centres d’appels.	333
Paragraphe II – Accroître les liens.	334
A – La gestion de l’après-vente.	335
B – La relation d’apprentissage.	338
a – Fidélisation et prix.	339
b – Fidélisation et coût de changement.	340
c – Fidélisation et médiation.	341
Conclusion –	343
Annexe I –	350
Annexe II –	351
Bibliographie –	352
I – Ouvrages Généraux et Traités Spéciaux.	352
II – Ouvrages Collectifs.....	355
III –Thèses, Monographies et Mémoires.	355
IV – Etudes doctrinales et Articles de périodiques.	356
V – Décisions de jurisprudence.	357
1 – L’obligation contractuelle de conseil du banquier.	357
2 – L’hypothèse d’un devoir de conseil professionnel du banquier.....	358
3 – L’étendue du devoir de conseil du banquier quant aux cocontractants.....	358
4 - L’étendue du devoir de conseil quant au domaine d’application.....	359
5 – La définition du conseil du banquier.....	359
6 – La faute du banquier.....	359
7 – Le préjudice et le lien de causalité.....	359
VI – Sites Internet	360
VII – Le Droit Algérien	360
Table des matières –	361