

COURS DE DROIT BANCAIRE

CHAPITRE INTRODUCTIF

On peut retenir dans une première approche que le droit bancaire est le droit d'une activité économique (secteur bancaire) exercée par des personnes particulières que sont les acteurs (banques, établissements bancaires à caractère financier) et qui s'exprime par des opérations particulières appelées « opérations de banque ».

La problématique de l'étude du secteur bancaire suppose la connaissance aussi bien des sources que du champ d'application mais aussi celle des acteurs et des opérations bancaires.

I- RAPPEL HISTORIQUE

L'origine des banques remonte à relativement très loin ; mais en Afrique, même si pendant la colonisation les banques étaient présentes, c'est après les indépendances que les banques françaises présentes sur le territoire sénégalais ont transformé leurs agences africaines en filiales de droit local.

Aujourd'hui, l'essentiel du secteur bancaire au Sénégal est composé de banques françaises traditionnelles et de plus en plus de banques d'origines diverses. Elles ont toutes la particularité d'être des banques commerciales ou des banques d'affaire, par opposition aux banques de développement.

II- LES FONCTIONS DES BANQUES

D'après l'article 2 de la loi bancaire de 2008, les établissements de crédit sont les personnes morales qui effectuent à titre de profession habituelle des opérations de banque. C'est le même texte de la loi bancaire qui définit les opérations de banque comme « la réception de fonds du public, les opérations de crédit ainsi que la mise à disposition de la clientèle et la gestion de moyens de paiement ».

L'intérêt de cette définition de 2008 c'est que la banque n'est plus du tout appréhendée de manière subjective en tant que structure bancaire stricto sensu mais plutôt au regard d'une activité réservée à des personnes morales appelées « établissements de crédit » et qui sont les seuls susceptibles d'être agréés « en qualité de banque ou d'établissements financiers à caractère bancaire ». ¹

En définitive, les principales opérations effectuées par les banques sont :

- La collecte des dépôts, d'une part et
- Les opérations de crédit de placement, d'autre part.

Lorsque les banques agissent pour leur propre compte (intermédiation bancaire) ou pour le compte d'autrui (intermédiation financière sur le marché de capitaux : c'est lorsque la banque sert de courtier entre demandeur et apporteur de capitaux et non pas entre déposant et emprunteur – article 9 de la loi bancaire), il y a lieu de retenir que la fonction principale de la banque est l'intermédiation.

¹ BRVM 10 : Cour moyenne des 10 sociétés les plus dynamiques : notation en Afrique.

III- SOURCES DU DROIT BANCAIRE :

- Le traité UEMOA (1973) ;
- Le traité UMOA (1994) ;
- Statut de la BCEAO (annexé au traité UMOA) ;
- La loi bancaire 2008-26 ;
- Le Traité OHADA ;
- L'ensemble des normes prudentielles relatives au contrôle et à la bonne gouvernance des banques :
 - le dispositif prudentiel applicable aux banques et
 - les instructions de la BCEAO notamment celles sur la mise en place d'un système de réserves obligatoires,
 - celles relatives aux modalités d'application du dispositif prudentiel.
- On peut aussi signaler la convention portant création de la commission bancaire.
- Au titre des relations avec l'étranger, on peut signaler
 - l'accord de coopération entre la France et les pays de l'UMOA et surtout
 - la convention de compte d'opération entre ces mêmes parties de même que
 - l'accord de parité entre le FCFA et l'Euro français.
- Code des obligations civiles et commerciales du Sénégal ;
- Les textes relatifs au marché financier notamment les textes de la BRVM ;
- L'AUSVE ;
- Les textes tournant autour du financement du terrorisme et le blanchiment de l'argent.

TABLEAU SYNOPTIQUE DES ELEMENTS ESSENTIELS DU SECTEUR BANCAIRE

SECTEUR BANCAIRE		ACTEURS	OPERATIONS
SOURCES	ORIGINES INTERNATIONALES	- UEMOA : Loi uniforme, traités, lois bancaires - UMOA : BCEAO (normes relatives à l'activité bancaire, rôle de régulateur, de surveillance et de contrôle : lois, règlements, directives...)	
	ORIGINES NATIONALES	Code des obligations civiles et commerciales du Sénégal	
CHAMP D'APPLICATION		- Banques - Etablissements Bancaires à Caractère Financier	Opérations bancaires (actes juridiques bancaires)

1^{ERE} PARTIE : LA RELATION BANCAIRE

Elle désigne le lien de confiance qui est créé et entretenu entre un établissement de crédit et son client. Elle se caractérise donc en premier lieu par les sujets (parties) à la relation bancaire (chapitre premier) ; elle se caractérise également par la multiplicité des services offerts par la banque et pour faciliter la mise en œuvre de ces services, la banque recourt à des instruments que sont :

- les instruments de crédits et de paiement d'une part et
- les comptes bancaires d'autre part : se sont les supports de la relation bancaire (chapitre deuxième).

CHAPITRE 1^{ER} : LES PARTIES A LA RELATION BANCAIRE

L'étude des parties à la relation bancaire évoque la notion de client d'une part et d'établissement de crédit d'autre part. La notion de client se ramène aux personnes physiques et aux personnes morales (renvoi au cours de 1^{ère} année) ; par contre, la notion d'établissement de crédit mérite de retenir l'attention car c'est elle qui permet de qualifier la relation de « relation bancaire ». Aussi, on va d'abord étudier la structure de l'activité bancaire puis les principes auxquels sont soumises lesdites activités bancaires.

SECTION 1^{ERE} : LA STRUCTURE DE L'ACTIVITE BANCAIRE : LES ETABLISSEMENTS DE CREDIT

D'après la loi de 2008, deux formes de structures juridiques lui sont soumises ; l'une est appelée banque tandis que l'autre est appelée établissement financière à caractère bancaire. Elles sont les seules à pouvoir exercer l'activité bancaire. On verra le monopole après avoir précisé la notion d'établissement de crédit qui regroupe les banques et les établissements financiers à caractère bancaire.

PARAGRAPHE 1^{ER} : LA NOTION D'ETABLISSEMENT DE CREDIT

D'après l'article 1^{er} de la loi bancaire « la présente loi s'applique aux établissements de crédit quel s que soient leur statut juridique, leur lieu de siège social et la nationalité de et c'est à l'article 2 que l'on a la définition de l'établissement de crédit.

L'article 2 de la loi bancaire qui dispose que « Sont considérées comme établissements de crédit, les personnes morales qui effectuent, au titre de profession habituelle, des opérations de banque ».

La distinction entre banque et établissement financier continue à exister ; ainsi, du point de vue de la forme un établissement financier peut prendre la forme d'une SARL ce qui est totalement interdit à la banque. Par ailleurs, il est interdit aux établissements financiers sauf dérogation spéciales avec avis conforme de la BCEAO de recevoir des dépôts de fonds publics dans le cadre de leurs activités.

En tout état de cause, il résulte de la loi qu'en tant qu'établissements de crédits, banque et établissement financiers ont des caractéristiques communes. Mais, il va s'opérer par endroit une démarcation entre les deux.

A- LES CARACTERISTIQUES COMMUNES : L'INTERMEDIATION

Toutes les deux structures reçoivent des fonds qui sont employés en opération de crédit ou de placement et ceci à titre de profession habituelle.

C'est certainement leur seul point commun car il semble que les établissements financiers ne peuvent faire que de l'intermédiation financière alors que la banque peut faire aussi bien l'intermédiation financière que l'intermédiation bancaire.

B- LES CRITERES DE DISTINCTION

Deux critères de distinction existent : l'origine des fonds et la création de monnaie scripturale.

1- LA RECEPTION DE FONDS DU PUBLIC

D'après l'article 49 de la loi bancaire, les établissements financiers ne peuvent pas recevoir de financement des fonds publics. Cette notion est précisée à l'article 5 qui disposent que ce sont des « fonds qu'une personne recueille d'un tiers, notamment sous forme de dépôts, avec le droit d'en disposer pour son propre compte, mais à charge pour elle de les restituer. »

Exemples d'opérations qui ne sont pas considérées comme étant reçus du public :

- les fonds constituant le capital d'une entreprise ;
- les fonds reçus des dirigeants d'une entreprise, ainsi que des actionnaires, associés ou sociétaires détenant dix pour cent (10 %) au moins du capital social ;
- les fonds reçus de banques ou d'établissements financiers à l'occasion d'opérations de crédit ;
- les fonds reçus du personnel d'une entreprise, à condition que leur montant global reste inférieur à dix pour cent (10 %) des capitaux propres de ladite entreprise.

2- LA CREATION DE MONNAIE SCRIPTURALE

La monnaie scripturale est celle réalisée par une écriture qui doit être rattachée à un compte. On dit aussi que la monnaie scripturale est une « monnaie de banque ». Pour être valable, elle suppose donc ces trois éléments :

- Un compte créateur de monnaie² : c'est à dire un compte dans un établissement bancaire ou un établissement assimilé³ ;
- Un solde créditeur de ce compte ;
- Une possibilité de mobilisation qui permette à la monnaie scripturale de jouer son rôle d'instrument de paiement soit par un système de retrait (transformation de la monnaie scripturale en monnaie fiduciaire) soit par un système de transfert de compte à compte que sont les virements bancaires (il s'agit notamment des chèques bancaires, chèques de voyage, cartes de paiement et de retrait, virements ou avis de prélèvement, cartes de crédit, transferts électroniques de fonds, prélèvements automatiques - que dire des nouvelles formes de transfert d'argent ?). Seules les banques ont la possibilité d'effectuer ces opérations.

En dehors de ces deux cas, on peut considérer que les banques et les établissements financiers à caractère bancaire font les mêmes opérations notamment celles définies à l'article 2 de la loi bancaire.

² Il y a trois types de comptes :

- Compte à terme = Dépôt à Terme (DAT) = « compte bloqué » ;
- Compte épargne ;
- L'accréditif donné par une banque

Ce sont des comptes non créateurs de monnaie par qu'ils n'offrent pas de disponibilité immédiate de l'argent.

³ Comme la poste, le trésor public pour l'Etat...

PARAGRAPHE 2^{ème} : LE MONOPOLE BANCAIRE

Le monopole bancaire résulte de la combinaison des articles 13 et 2 de la loi bancaire. Il s'agit d'un principe qui supporte des exceptions :

- Enoncé du principe :

Même si les sources techniques reposent sur la combinaison des articles 13 et 2, le principe du monopole bancaire ne se conçoit que comme mode de direction de l'économie nationale (ordre public de direction) et comme mode de protection des épargnants (ordre public de protection).

- Les exceptions :

Si on le prend dans sa globalité, le monopole bancaire risque d'être sclérosant pour l'économie et pour les entreprises. En conséquence, on a aménagé des exceptions qui consacrent ainsi des sources de financement non bancaires : il s'agit notamment

- des opérations de crédits inter entreprises ou
- les opérations financières au sein des groupes de sociétés, etc.

SECTION 2^{ème} : LES PRINCIPES DE L'ACTIVITE BANCAIRE

L'activité bancaire repose sur des exigences générales qui la préservent contre elle-même en assurant à la clientèle la sécurité et les garanties opératoires auxquelles elle a droit.

Puisque la relation bancaire repose essentiellement sur les principes contractuels, elle ne peut échapper à ce principe d'origine morale qui voudrait que la conclusion, l'exécution et la fin des contrats se fassent dans la loyauté.

Il y a trois grands principes dans les rapports avec la clientèle : d'abord

- l'information bancaire ;
- la réserve bancaire et enfin
- la responsabilité bancaire.

PARAGRAPHE 1^{er} : L'INFORMATION BANCAIRE

L'information bancaire consiste aussi bien en la publicité (information au public) qu'en l'information contractuelle (vis à vis du client).

En direction du public, si on part de l'article 13, la loi bancaire interdit à une entreprise non bancaire l'utilisation de toute publicité pouvant faire croire (apparence trompeuse) qu'elle est agréée. Donc l'information bancaire doit être authentique.

En direction du cocontractant, l'information contractuelle n'est rien d'autre que la matérialisation de l'obligation de renseignement qui figure dans tout contrat et qui consiste dans le devoir positif de porter à la connaissance du cocontractant et à éclairer sur les circonstances de l'opération, sa nature et enfin sur la portée des engagements souscrits⁴.

PARAGRAPHE 2^{ème} : LA RESERVE BANCAIRE OU SECRET BANCAIRE

Elle a subi d'énormes évolutions⁵ de la période où on ne devait pas du tout parler parce que l'activité bancaire appelle à la discrétion totale, on est passé à une époque de levée du secret bancaire tout azimut pour des raisons liées à la transparence notamment le blanchiment de l'argent sale, le financement du terrorisme et aujourd'hui la traque des biens mal acquis.

⁴ Voir la loi de 1994 sur le contentieux économique.

⁵ Ne peut-on pas même parler d'une véritable révolution.

Malgré tout, la profession bancaire continue à se réclamer de sa tradition de réserve et donc le banquier est tenu au secret professionnel. Mais ce n'est pas tout car le client bénéficie aussi d'un principe qui voudrait que le banquier ne s'immisce pas dans les affaires de son client, c'est le devoir de non ingérence⁶.

PARAGRAPHE 3^{ème} : LA RESPONSABILITE BANCAIRE

Le banquier répond à des actes et des faits dommageables commis dans l'exercice de son activité. Sa responsabilité peut être de nature pénale et dans ce cas, c'est la personne à laquelle est imputée l'infraction qui va être sanctionnée ; mais les conséquences pécuniaires éventuelles seront à la charge de la banque⁷.

Mais lorsqu'on envisage la responsabilité civile du banquier, on se trouve en face d'une originalité telle qu'on parle de responsabilité professionnelle : la jurisprudence relève le caractère particulier de l'activité de banque pour déterminer l'étendue de ses obligations et en conséquence apprécier les fautes commises. Mais, en tout état de cause, cette responsabilité demeure soumise, du point de vue de ses conditions, au droit commun du genre : l'existence d'une faute, d'un préjudice et d'un lien de causalité.

A- APERCU GENERAL SUR LA RESPONSABILITE CIVILE BANCAIRE

⁶ La réserve bancaire : 1- la non divulgation du secret ; 2- la non ingérence dans les affaires du client.

⁷ Art. 146 COCC.