

Soror BAHBOUHI

Le conflit d'intérêts du banquier

Préface de François Pasqualini

L'Harmattan

Table des matières

Introduction	19
A/ Le conflit d'intérêts : une affaire ancienne	21
B/ Le conflit d'intérêts : une caractéristique du métier de banquier	26
A/ Des intérêts pluriels	33
B/ Un conflit singulier	35
A/ Un constat	43
B/ Des interrogations	49
Première partie La réalité du conflit d'intérêts du banquier.....	59
Titre Premier L'identification du conflit d'intérêts du banquier	63
Chapitre Premier. La mise en scène du conflit d'intérêts	67
Section 1. Les acteurs	71
§ 1 - Un pouvoir distinct.....	72
A/ Un droit contractuellement obtenu	73
1° - Dans les contrats de droit français	76
a - Le contrat pour le compte d'autrui : la commission	77
b - Le contrat de représentation : le mandat	82
2° - Dans les contrats d'inspiration anglo-américaine	85
a - Le contrat de confiance : la fiducie (Trust).....	86
b - Le contrat de courtage : l'Agency	91
B/ Un fait classiquement détenu	95
1° - Un pouvoir en lien avec une compétence	96
a - Pouvoir-maîtrise	96
b - Pouvoir rédactionnel.....	102
2° - Un pouvoir en lien avec une position	104
a - Pouvoir-information	104
b - Pouvoir créancier.....	107
§ 2 - Un devoir spécifique	115
A/ L'action dans l'intérêt du client.....	118
1° - La considération de la supériorité de l'intérêt du client....	118
2° - La fourniture du meilleur résultat possible	119
B/ L'action dans l'intérêt du marché	123
1° - L'origine : la stigmatisation morale d'un comportement..	124
2° - Le contenu : la moralisation de ce comportement	125
Section 2 : Les scénarios	131
§ 1 - Conflits d'intérêts institutionnels	133
A/ L'activité pour compte propre vs. l'activité pour compte de tiers	135
1° - Les opérations de marché	136
a - Tenue de marché.....	136
b - Couverture de risque.....	141

c - Négociation de marché	150
2° - Les opérations de banque	162
a - La conservation	162
b - Le dépôt	162
c - Le crédit	163
B/ La multi-gestion	164
1° - Prise de partie en interne	165
2° - Prise de partie en externe	167
a - Le cas particulier de l'introduction et de l'émission sur les marchés financiers	167
b - Le double conseil	172
c - Les services accessoires	175
C/ Le rapport profit-risque	177
§ 2 - Conflits d'intérêts personnels	178
A/ La rémunération	179
B/ Les opérations personnelles	184
C/ Les liens particuliers	186
Chapitre deux. L'expression du conflit d'intérêts.....	189
Section 1. Une décision asservie	191
§ 1 - Une prise d'intérêt	191
A/ Qualification de l'intérêt	193
1° - L'intérêt supérieur : un intérêt type catégoriel	194
a - L'intérêt typique raisonnable du bénéficiaire de service	194
b - L'intérêt collectif homogène des acteurs de marché	198
2° - L'intérêt du banquier : un intérêt personnel significatif	204
a - Un avantage de nature indifférente	205
b - Un avantage susceptible de motiver un acte	205
B/ Qualification de la personne intéressée	208
1° - Face à un intérêt direct	208
2° - Face à un conflit d'intérêt indirect	208
§ 2 - La rupture d'une relation de confiance	212
1° - La justification de la confiance	212
2° - La délimitation de la confiance	214
a - Une confiance subjective	214
b - Une contenu objectif	215
Section 2 : Une décision préjudiciable	219
§ 1 - Une atteinte dommageable	219
A/ Un préjudice nécessaire	220
B/ Un abus déterminé	222
1° - « Conflit d'intérêts » et « abus » : notions distinctes	222
2° - « Abus » et « conflit d'intérêts » : notions corollaires	225
a - Conflit d'intérêts et détournement de pouvoir	226
b - Conflit d'intérêts et abus de confiance	226
c - Conflit d'intérêts et abus de marché	230
§ 2 - Une atteinte fautive	231
A/ Un acte objectivement illicite	232
1° - Une faute en l'absence d'intention de nuire	232
2° - Une faute aggravée en présence d'une intention de nuire	235

B/ Un acte fautif	236
1° - La qualification de la faute extracontractuelle	236
2° - La qualification de la faute contractuelle	239
Conclusion du titre premier	241
Titre deux Le régime du conflit d'intérêts du banquier	249
Chapitre premier. La prévention du conflit d'intérêts	253
Section 1. Le principe de l'universalité	255
§ 1 - Un modèle dicté par son environnement	256
A/ La perspective historique	257
1° - Causes de l'universalité et conflits d'intérêts en France ...	258
2° - Causes de l'universalité et conflits d'intérêts aux États-Unis	267
B/ Les principales données économiques	270
1° - Universalité et ratio rendement-risque	271
a - Arbitrages sur la diversification et la grande dimension ..	272
b - Arbitrages sur la spécialisation et la petite dimension	273
2° - Universalité et utilité économique-sociale	276
§ 2 - Des engagements réalistes	279
A/ Une séparation fonctionnelle	279
1° - La limitation de l'accès à l'information	279
2° - L'organisation étroite des flux d'ordres	282
a - L'information sur les dispositifs de traitement utilisés ...	283
b - Le renforcement des responsabilités	283
B/ Des restrictions légales	284
1° - Une autonomie économique	285
2° - Une autonomie opérationnelle	287
Section 2 : L'appréciation : une portée incertaine	291
§ 1 - Les limites globales du dispositif	292
A/ La mesure quantitative	292
1° - Les effets sur la recherche d'efficacité	295
2° - Le coût de la mission d'intermédiation	297
B/ La mesure qualitative	301
1° - La valeur juridique	301
2° - Le besoin d'information et l'obligation de servir l'intérêt	303
tiers	303
§ 2 - Les limites spécifiques de la réforme structurelle	310
A/ Le droit français	310
1° - La filialisation des activités pour compte propre	311
2° - Le cantonnement des activités spéculatives ou risquées ...	312
B/ Le droit anglo-américain	314
1° - Le cloisonnement traditionnel : Le Glass-Steagall Act	314
2° - Le cloisonnement moderne	316
a - Le cantonnement de la Vickers Rule	316
b - Les interdictions de la Volcker Rule	317
Chapitre deux. Le traitement du conflit d'intérêts	321
Section 1. Le traitement <i>ex ante</i>	323
§ 1 - La révélation	323

A/ Le principe : le partage de l'information	323
1°- La déclaration des intérêts en général	324
2°- La divulgation des conflits d'intérêts en particulier.....	325
B/ Les compléments au principe : un partage adapté à la prise de décision.....	326
1°- La divulgation en temps opportun	327
2°- La divulgation de manière appropriée	328
§ 2 – Les effets de la révélation.....	332
A/ La révélation suivie d'une autorisation.....	332
1° - Les modalités de l'autorisation	333
a - L'autorisation prévue : l'autorisation préalable	333
b - L'autorisation à prévoir : l'assentiment a posteriori.....	334
2° - Les conséquences de l'autorisation.....	337
a - Les effets à l'égard de l'autorisant.....	337
b- Les effets à l'égard de l'autorisé.....	339
B/ La révélation suivie d'une abstention	340
1° - L'abstention prévue : une abstention volontaire	341
2° - L'abstention à découvrir : une abstention forcée	341
Section 2 : Le traitement <i>ex post</i>	343
§ 1- Les limites liées à l'opacité du conflit d'intérêts.....	343
A/ L'application des règles relatives à la charge et aux moyens de preuve	345
1° - La charge de la preuve.....	345
2° - La liberté de la preuve	347
B/ L'aménagement des règles relatives à l'objet de la preuve.....	348
1°- La preuve du conflit d'intérêts contractuel	348
a - Le poids des motifs face au conflit d'intérêts personnel..	348
b- La pesée des motifs déterminants face au conflit d'intérêts extra-personnel	349
2°- La preuve du conflit d'intérêts extraccontractuel	350
a - La présomption simple de faute déduite d'un manquement	350
b - La libération par la seule preuve de l'efficacité des mesures	352
§ 2 - Les limites dues à l'aléa de la réparation.....	355
A/ L'imprécision du préjudice.....	355
1°- La nature complexe du préjudice réparable	357
a - Préjudice réparable et atteinte à l'intérêt collectif.....	357
b - Préjudice réparable et atteinte à l'intérêt individuel	359
2°- Les critères changeants d'évaluation du préjudice réparable...	368
a - Dans le cadre de la répression administrative.....	369
b - Devant les juridictions civiles.....	370
B/ L'indétermination des victimes.....	372
1° - Lien de causalité	373
a - La nécessité d'établir une faute causale.....	374
b - La confusion entre présomption de causalité et présomption de responsabilité	376

2°- Inertie des victimes	377
Conclusion du deuxième titre	383
Conclusion de la première partie	389
Deuxième partie L'obligation de gestion du conflit d'intérêts. 393	
Titre Premier. Les fondements d'une obligation de garantie.....	397
Chapitre Premier. Une garantie attendue en présence d'un contrat	
.....	399
Section 1. La garantie justifiée par la volonté du contractant.....	401
§ 1 - L'adaptation des vices de consentement	402
A/ L'erreur.....	402
1° - L'erreur subjective en droit français	403
a - L'évolution	403
b - L'influence	406
2° - Le Mistake objectif en droit anglo-américain	411
B/ La violence économique	412
1° - La violence en droit français.....	412
a - L'évolution	413
b - L'influence	416
2° - La duress en droit anglo-américain.....	420
§ 2 - L'adjonction d'une information personnalisée	423
A/ Le dol.....	423
1° - La transformation en droit français.....	424
a - L'évolution	424
b - L'influence	429
2° - La transformation en droit anglo-américain.....	433
B/ L'obligation de renseignement.....	436
1° - Les réinventions en droit français.....	436
a - L'évolution	436
b - L'influence	439
2° - La réserve du droit anglo-américain	448
Section 2 : Une garantie rattachée à l'économie du contrat	451
§ 1 - L'exigence d'une exécution utile.....	451
A/ L'instrumentalisation de la notion de cause	451
1° - La cause en droit français	451
a - L'évolution	452
b - L'influence	457
2° - La consideration en droit anglo-américain.....	458
B/ L'interprétation <i>stricto sensu</i> de l'objet du contrat	461
1° - Dans les contrats de droit français	461
a - La garantie conséquence de l'obligation d'exécuter la mission.....	462
b - La garantie conséquence du renforcement des obligations du professionnel.....	466
2° - Dans les contrats d'inspiration anglo-américaine	467
a - La garantie découlant du rapport de confiance	468
b - La garantie corollaire des expectations	469

§ 2 - L'exigence d'une exécution loyale.....	470
A/ Le devoir général d'agir de bonne foi.....	470
1° - La garantie liée au rôle protecteur des intérêts d'autrui....	471
2° - La garantie liée au rôle dynamique de la bonne foi.....	474
a - La garantie et la bonne foi liées au respect de l'intention des parties.....	475
b - La garantie liée à la fonction complémentaire de la bonne foi	477
B/ Le devoir d'adopter une attitude loyale.....	480
1° - La garantie et la loyauté liées à l'appréciation du comportement.....	481
2° - La loyauté cantonnée au devoir fiduciaire en droit anglo-américain.....	484
Chapitre deux. Une garantie attendue en l'absence de contrat ...	489
Section 1. Le client investisseur.....	491
§ 1 - La garantie révélée par les règles visant la protection de l'investisseur.....	491
A/ L'omniprésence de l'impératif de protection du client investisseur.....	492
1° - En période de « droit professionnel ».....	492
a - Un contrôle durable en droit français.....	493
b - Un principe d'autocontrôle en droit anglo-américain.....	495
2° - En période de « droit étatique ».....	496
a - Une protection déléguée aux autorités des marchés financiers.....	496
b - Une protection déléguée aux autorités bancaires.....	502
B/ Le retour de la loi en faveur de la protection du client investisseur.....	504
1° - Le conflit d'intérêts à l'origine de la démarche déontologique moderne.....	505
a - Une démarche éthique de droit anglo-américain.....	505
b - Un essor particulier en droit français.....	506
2° - Le conflit d'intérêts à l'origine de l'absorption des normes déontologiques.....	508
a - Des instruments de droit doux, outils d'écriture du droit dur.....	509
b - Un rapprochement avec la tradition anglo-américaine....	514
§ 2 - La garantie révélée par les règles visant le fonctionnement du marché.....	515
A/ D'une information passive à une information active.....	515
1° - Une information égalisatrice.....	516
a - Des qualifications particulières à l'offre du banquier au public.....	516
b - Des responsabilités particulières attachées à l'offre du banquier au public.....	518
2° - Une information publique.....	521
a - La précarisation du caractère privé de l'information.....	522
b - La pénalisation des abus d'informations d'inspiration anglo-américaine.....	524

B/ D'une conformité à la règle à une loyauté dans l'application ..	528
1° - Un engagement préalable à l'exercice de l'activité	528
2° - Une norme de comportement.....	529
Section 2 : Le banquier investisseur	533
§ 1 - La protection du client grâce aux règles prudentielles	533
A/ En période de gestion individuelle du risque.....	534
1° - Un interventionnisme français refusé d'abord par le droit anglo-américain	534
2° - Une réglementation anglo-américaine refusée ensuite par le droit français.....	535
B/ Sous l'influence du comité de Bâle.....	536
1° - La simple transposition.....	537
2° - L'avancée de droit français.....	537
a - Le renforcement continu des normes.....	538
b - Le soutien du juge	540
§ 2 - La garantie du client lors de la résolution	541
A/ Un règlement des difficultés dérogatoire	541
1° - La supervision de l'Autorité de contrôle en France.....	541
2° - Le pouvoir étendu du fonds de garantie aux Etats-Unis	544
B/ Le déposant : un créancier chirographaire placé au premier rang..	545
1° - Le créancier privilégié en France.....	545
2° - Un créancier privilégié aux Etats-Unis	547
Conclusion titre Premier.....	549
Titre deux. La substance de la garantie.....	555
Chapitre premier. Présentation de l'obligation de garantie.....	557
Section 1. L'opportunité de la garantie	559
§ 1 - Une obligation légitime.....	559
A/ L'absence de fondement consensuel à l'obligation traditionnelle de garantie	559
1° - La garantie rattachée parfois aux conditions de formation des contrats	560
2° - La garantie rattachée d'autres fois à la responsabilité civile...	562
B/ L'indifférence du type de contrat.....	564
§ 2 - Une alternative à une obligation de ne pas faire.....	566
A/ L'insuffisance du droit commun.....	566
1° - Les difficultés de généralisation	566
a- L'interdiction	566
b- L'abstention.....	570
2° - Le mythe du solidarisme contractuel	572
a- L'altruisme, le trait saillant du solidarisme contractuel	574
b- L'inapplicabilité de la théorie à la relation bancaire.....	575
B/ L'inadaptation des critères de droit commun.....	577
1° - Indépendance et impartialité.....	577
a - L'indépendance	578
b - L'impartialité.....	581

2° - Confiance et désintéressement.....	583
a- La confiance	584
b - Désintéressement.....	584
Section 2. Les caractères de la garantie.....	587
§ 1 - Une obligation.....	587
A/ Une obligation préventive.....	587
B/ Une obligation contractuelle.....	589
§ 2 - Appuyant l'obligation principale.....	594
A/ Une obligation accessoire.....	594
B/ Assurant une protection spécifique.....	594
Chapitre deux. L'exécution de la garantie... ..	599
Section 1. Les conditions de la garantie.....	599
§ 1 - Des certitudes.....	599
A/ Un intérêt véritablement supérieur.....	600
1° - L'action dans l'intérêt d'autrui à titre exclusif.....	600
2° - L'action dans l'intérêt d'autrui à titre principal.....	602
a- L'hétérogénéité de la notion de client.....	603
b - L'uniformité de la garantie.....	604
B/ Une impossibilité de se protéger.....	606
§ 2 - Des limites.....	608
A/ L'apparence du conflit d'intérêts.....	608
B/ La suppression de la garantie.....	609
1° - Une exclusion admise dans son principe.....	610
2° - Un aménagement réservé à une catégorie de clients déterminée.....	610
Section 2. Le contenu de la garantie	615
§ 1- Des modalités d'exécution protéiformes.....	615
A/ Rendre compte.....	616
1° - Renseigner avant la conclusion du contrat.....	616
2° - Révéler la survenance du conflit d'intérêts lors de l'exécution du contrat.....	617
B/ Prendre en compte.....	618
1° - Prévoir après la conclusion du contrat, mais avant son exécution.....	619
2° - Préserver l'intérêt supérieur.....	620
a - Assister.....	620
b - Se retirer.....	621
§ 2 - Les effets de la garantie.....	621
A/ Des conséquences spécifiques.....	622
1° - Avant l'exécution de l'obligation principale du contrat ...	622
2° - En cours d'exécution de l'obligation principale du contrat ...	622
B/ Les sanctions de la garantie.....	624
1° - Les responsabilités du banquier.....	625
a - Les sanctions juridiques.....	625
b - Les sanctions économiques.....	628
2° - Les actions du client garanti.....	629

Conclusion du titre deux	633
Conclusion de la deuxième partie	637
Conclusion générale	641
Bibliographie	647
Documentation française	647
- I - Ouvrages classiques et généraux	647
- II - Monographies, thèses	650
- III - Articles	661
- VI - Études, Rapports	681
Documentation étrangère	682
- I - Ouvrages généraux, spécialisés	682
- II - Articles, Études	684
Décisions de justice	691
- I - Juridictions françaises	691
- II - Juridictions européennes	712
- III - Juridictions étrangères	712
Index	717