

DROIT, ÉCONOMIE ET JUSTICE DANS LE SECTEUR BANCAIRE

ENTRETIEN

GUY CANIVET, PREMIER PRÉSIDENT DE LA COUR DE CASSATION ET MARIE-ANNE FRISON-ROCHE, PROFESSEUR DES UNIVERSITÉS À SCIENCES PO

DROIT BANCAIRE

La Cour de cassation organise cette année en collaboration avec la Chaire régulation de Sciences Po un cycle de conférences intitulé : « Droit, économie et justice dans le secteur bancaire ». Celui-ci a pour objectif d'instaurer un dialogue entre les juristes et les économistes bancaires afin de permettre au raisonnement économique de s'intégrer dans le système juridique (1).

Petites Affiches — La justice est de plus en plus fréquemment amenée à trancher des litiges de nature économique, que ce soit en droit de la concurrence, en droit boursier ou encore en droit bancaire. Quelle place accorde-t-elle aux raisonnements économiques dans ses décisions ?

Guy Canivet — En pratique, cela fait très longtemps que la justice a saisi l'importance considérable de l'impact des facteurs économiques dans les décisions judiciaires. D'ailleurs, la création d'une chambre commerciale, économique et financière à la Cour de cassation remonte à 1947. Pour autant, cette appréhension de l'économique par le juge doit encore progresser. Seul, il ne dispose pas de suffisamment d'instruments pour intégrer le raisonnement économique dans la sphère juridique, il a besoin des économistes dont c'est la science et le métier. C'est la raison pour laquelle nous avons voulu, à travers ces conférences, provoquer un dialogue entre économistes et juristes sur les sujets intéressant la chambre commerciale de la Cour. Il ne s'agit pas seulement de faire avancer la recherche mais aussi d'utiliser le produit de ces réflexions dans l'activité judiciaire quotidienne. D'où le choix d'aborder le droit bancaire après avoir consacré un premier cycle à la méthodologie.

Marie-Anne Frison-Roche — Le point de départ de cette initiative, à laquelle est associé étroitement Bruno Deffains, professeur d'économie, réside dans l'idée selon laquelle une bonne décision est le produit d'une double maîtrise à la fois économique et juridique des dossiers. Cette pertinence du droit et de l'économie ne doit ni conduire à une vassalisation des juristes aux catégories et théories économiques ni, à l'inverse, à une limitation des économistes à la fourniture de preuves, voire de recettes, aux juristes. Pour l'éviter, le thème retenu ne devait pas être préqualifié par l'économie ou par le droit, comme peut l'être l'analyse économique du droit pénal par exemple, ce qui a conduit à choisir un secteur, celui de la banque, sur lequel économistes et juristes sont également fondés à s'exprimer.

PA — Le secteur bancaire a ceci de particulier qu'il est le garant du bon fonctionnement de l'économie, ce qui l'autorise à mettre en exergue sa spécificité et à en revendiquer la reconnaissance en particulier par la justice. Qu'en pense le juge ?

GC — Le droit bancaire a pour objet de réguler l'activité bancaire, tant sur un plan général au travers des règles prudentielles par exemple, que sur un plan plus particulier en organisant les relations entre le banquier et le client, qu'il soit une entreprise ou un consommateur. Sa finalité est donc bien la régulation économique. Dès lors, il existe deux manières d'aborder la question, soit on élabore un droit totalement dérogatoire et spécial, soit on essaie, au contraire, de le rattacher au droit commun. L'intérêt de l'exercice à mon sens est de prendre en compte l'analyse économique tout en maintenant le droit bancaire en cohérence avec la théorie générale du droit.

(1) Prochaines conférences : le 6 juin, « Banque et risque systémique », le 20 juin « Les stratégies économiques du contentieux dans le secteur bancaire ». Les conférences ont lieu à la Grand'chambre de la Cour de cassation. Inscriptions auprès de la Chaire régulation : Tél. : 01.53.59.98.31. e-mail : forum-regulation@sciences-po.fr ou mgodard-mafr@noos.fr ou colloque.courdecassation@justice.fr. Entrée gratuite, inscription nécessaire.

ENTRETIEN

PA — En matière de droit économique, on assiste fréquemment à des tiraillements entre le secteur économique concerné et le juge, le premier estimant que le second ne le comprend pas. Comment analysez-vous cette situation ?

GC — Si l'on met de côté les questions pénales qui dramatisent beaucoup les sujets, il existe en effet dans le domaine civil de nombreux exemples de conflits, notamment en matière de responsabilité bancaire, de concurrence ou encore de soutien abusif. L'intérêt est de vérifier dans le cadre d'une discussion sereine et en dehors de tout contentieux si la position des uns et des autres est justifiée. Sur la question du soutien abusif par exemple, on peut se demander si la jurisprudence est réellement de nature à restreindre le crédit bancaire, et donc à nuire à l'intérêt général ou si, au contraire, elle est de nature à en améliorer la répartition. C'est ainsi que l'on peut mesurer le degré de pertinence des décisions judiciaires.

MAFR — Le discours consistant à dire sans plus de justification « Ne nous condamnez pas pour soutien abusif, nous gérons du risque, si vous nous déclarez responsables nous ne prendrons plus de risque, cela affectera l'ensemble des crédits et donc l'intérêt général » est une manière d'éloigner le juge. Si l'argument est fondé, il mérite d'être argumenté, notamment avec des chiffres, et débattu entre économistes. Le cycle vise non pas tant à se disputer sur les solutions qu'à proposer l'usage de *summa divisio* que l'autre discipline ne connaît pas nécessairement. Ainsi, les économistes distinguent usuellement les crédits ponctuels et ce qu'ils désignent comme la banque relationnelle, construite en confiance sur des contrats à long terme avec des clients habituels. Le droit de la responsabilité gagnerait sans doute à intégrer cette distinction et il faut mesurer l'effet systémique des engagements de responsabilité incitant les banques à favoriser plutôt le premier type de crédit ou le second. Cet exemple montre à quel point la connaissance des théories économiques est susceptible d'éclairer utilement le juge dans la pratique. Et c'est bien l'objectif que s'est fixé le cycle de conférences : prendre la mesure exacte de la spécificité du secteur bancaire sachant qu'en tout état de cause, celui-ci ne peut pas fonctionner de manière isolée, et définir dans le même temps de nouvelles distinctions et catégories qui pourraient être pertinentes.

PA — Cela suppose une véritable formation d'économiste pour les juges...

GC — L'un des risques majeurs pesant sur une décision de justice est la non pertinence, en d'autres termes le fait qu'une décision soit perçue comme aberrante. La seule manière de se prémunir de ce danger pour le juge, c'est de tester auprès des professionnels la validité de son raisonnement pour déterminer s'il est acceptable ou non et de mesurer son impact économique dans le cadre d'un dialogue avec les professionnels concernés. Il est essentiel que le système judiciaire s'interroge sur les conséquences de ses décisions.

PA — La prise en compte par les juges de l'économie ne risque-t-elle pas de mener à la cacophonie, chacun exprimant au travers de ses décisions sa propre analyse ?

GC — Précisément, c'est un autre risque qui pèse sur la justice, celui que chaque juge spécialisé construise son propre système. Or, il faut bien qu'à un moment ou à un autre, tout ceci se confronte à la réalité et prenne place aussi harmonieusement que possible dans l'ensemble du droit afin d'éviter l'obstacle que vous évoquez.

MAFR — On ne pourra jamais reprocher à un juge d'appliquer la loi, mais on pourra lui reprocher d'utiliser des arguments qui n'ont pas de sens, ou de n'avoir pas répondu à un argument pertinent. Une jurisprudence accroît sa pertinence si elle explicite ses références et renforce ainsi la cohérence des juridictions du fond. Il est possible que les juges qui appliquent le droit bancaire songent aux effets systémiques de leurs décisions, mais ils ne le disent pas, simplement parce qu'ils n'ont pas les outils pour le faire ou encore par crainte d'être pris à partie dans une querelle de spécialistes de l'économie bancaire. D'où l'intérêt d'engager une réflexion théorique générale entre juristes et économistes.

PA — La première conférence a mis en exergue la différence de vocabulaire entre les deux disciplines, les uns appelant « contrat de dette » ce que les autres appellent « contrat de prêt ». Existe-t-il d'autres différences significatives entre économie et droit ?

GC — Il est vrai que nous parlons des mêmes choses en des termes différents, de sorte qu'il n'y a pas d'interpénétration des raisonnements. C'est pourquoi les conférences sont organisées sous forme de dialogue entre économistes et juristes présents afin de dépasser cette difficulté. À terme, nous espérons réussir en droit bancaire la fusion qui s'est opérée dans le droit de la concurrence entre le raisonnement juridique et le raisonnement économique. Celle-ci est en grande partie due à la création du Conseil de la concurrence qui a permis de faire travailler ensemble des juristes et des économistes et les a amenés à surmonter leurs différences pour dégager des solutions uniques.

MAFR — Cela étant, l'idée n'est pas de créer un consensus diplomatique au contraire, la dispute est saine à condition qu'elle porte sur les bons objets. Or il arrive parfois que l'on s'affronte sur des différences qui n'en sont pas. Par exemple, contrat de dette et contrat de prêt sont une seule et même chose désignée par des vocables différents. Notre objectif consiste à cerner les véritables objets de dispute, par exemple la pertinence de l'applicabilité des normes comptables générales aux banques, et à dégonfler ceux qui ne sont issus que de tradition et de vocabulaire.

PA — La notion est la même mais les logiques sont différentes ne serait-ce qu'en terme de risque. L'économiste évoque le contrat de dette en envisageant exclusivement le risque encouru par la banque tandis que le juriste analyse la situation des deux parties au contrat...

MAFR — L'économie bancaire semble en effet se focaliser sur le risque et ses conséquences systémiques pour les banques, ce qui engendre un souci unilatéral de la situation de celles-ci dans un rapport contractuel pourtant bilatéral. Il peut alors être utile pour l'économiste d'entendre le juriste rappeler qu'il existe une deuxième partie au contrat. C'est un bon exemple non pas de différence scientifique mais de distorsion des regards. À l'inverse, il peut arriver que le juriste ait du mal à distinguer, dans des discours très globaux, le point sur lequel il doit porter son attention critique. À cette occasion, peuvent apparaître de véritables débats, par exemple celui de l'emprise que doit avoir ou non le droit de la concurrence sur le secteur bancaire, notamment au regard de la gestion du risque systémique et de l'incitation à délivrer des crédits appropriés. Il s'agit là d'un véritable affrontement théorique.

GC — Un autre aspect intéressant de la démarche s'est révélé lors des conférences : le passage du particulier au général. Le juge n'est jamais saisi que de situations particulières, or c'est l'addition de toutes les décisions individuelles qui crée la régulation du système. C'est pourquoi il est nécessaire que le juge dispose d'une compréhension générale du système et conserve présent à l'esprit l'intérêt général lorsqu'il statue sur un cas particulier afin de ne pas prononcer de décisions réactives qui seraient fondées sur la seule prise en compte de l'intérêt individuel. Lorsque nous avons essayé d'analyser les conséquences économiques de certains revirements de jurisprudence, des voix se sont élevées contre cette démarche allant jusqu'à parler d'horreur économique en soutenant que le juge ne pouvait se déterminer sur de tels critères et que le droit avait une dimension morale supérieure. Comme l'a observé Marie-Anne Frison-Roche, il ne s'agit pas de subordonner le droit à l'économie ou l'inverse, mais de faire en sorte que le raisonnement juridique intègre le contexte économique, autrement dit prenne conscience qu'il ne s'applique pas à un univers théorique mais à un mécanisme économique réel.

PA — Cette prise en compte de l'économique doit-elle apparaître dans la motivation des jugements ?

GC — Certainement, mais la difficulté réside dans le fait que la motivation des arrêts de la Cour de cassation n'est pas très développée contrairement à ce qui se passe dans les pays de

ENTRETIEN

common law où le juge est en mesure d'expliquer longuement les raisons qui déterminent sa décision. En France, les décisions de la Cour de cassation comportent une large part de non-dit qu'il faut expliciter. Les travaux du conseiller rapporteur devant la Cour apportent un début de réponse en présentant les arguments à partir desquels il propose une solution, ce qui est déjà un vrai progrès. Le juge du fond, quant à lui, n'est pas astreint aux mêmes réserves que la Cour mais pour autant, il ne sort guère du syllogisme. En outre, il ne fait que répondre sur la base des éléments qui lui sont fournis par les parties. Si aucune n'avance d'arguments économiques, le juge ne peut le faire de son propre chef. C'est pourquoi il faut faire en sorte, en s'appuyant sur l'exemple réussi du droit de la concurrence, de développer cette intégration du raisonnement économique dans les débats judiciaires ayant trait à la banque.

PA — Le droit économique est largement gouverné par l'action des régulateurs. Quel peut être le rôle du juge à l'égard des décisions prononcées par ces derniers ?

GC — Contrairement au régulateur, le juge n'est pas un expert du domaine dans lequel on lui demande de se prononcer. Son rôle consiste à vérifier que les mécanismes de régulation fonctionnent selon des règles de transparence et de légalité, que les procédures sont normalisées et qu'il n'y a pas d'arbitraire dans la manière dont le régulateur prend sa décision dans la forme comme au fond. En outre, il doit faire en sorte d'inscrire le droit de la régulation en cohérence avec le système juridique.

MAFR — Il est indispensable que les juges aient une vision très claire de leur rôle dans ce domaine. En matière de régulation, l'idée de cohérence prend une force toute particulière, notamment en matière de sanctions où coexistent la répression administrative et le droit pénal. Le juge doit avoir une idée nette et cohérente de son office et de son utilité par rapport au régulateur qu'il contrôle ; de son côté, le régulateur doit arriver à penser son activité par rapport aux grandes catégories juridiques dont le juge est le gardien. Par exemple, lorsque le régulateur tranche un différend, son rôle est-il assimilable à celui d'un juge ou bien reste-t-il une autorité qui prend des décisions administratives ? Les régulateurs qui revendiquent de présenter des observations devant les juridictions de recours qui apprécient leurs décisions se définissent implicitement comme des autorités administratives. S'ils se considéraient comme des juges, ils n'auraient pas ce réflexe de contentieux administratifs. Cette discussion montre que les régulateurs doivent penser également leur office, leur nature, leur fonction, et en discuter avec les juridictions.

GC — La question des rapports entre juges et régulateurs soulève une autre difficulté liée au crédit de chacun. En d'autres termes, l'attitude de contrôle du juge ne doit pas conduire à ruiner l'autorité du régulateur. Pour autant, il doit être en mesure d'affirmer son crédit. En contrepartie, le régulateur doit avoir la prudence de ne pas critiquer publiquement le juge. S'il y a une explication à donner, elle doit s'opérer en interne, dans un cadre pédagogique plutôt qu'en public, au risque de ruiner l'économie du système. Dans un tel affrontement, tout le monde y perd, le régulateur en crédit et le juge en autorité. C'est pourquoi il ne faut pas oublier que chacun accomplit la même tâche quoique exerçant des fonctions différentes.

PA — Les justiciables attendent souvent davantage du juge lorsqu'ils exercent un recours contre une décision du régulateur, en particulier lorsqu'il s'agit de minoritaires contestant le prix d'une offre publique. Le juge doit-il alors se prononcer sur le prix ou bien cette analyse relève-t-elle uniquement du régulateur boursier ?

GC — En théorie, le rôle du juge consiste à apprécier la méthode d'examen et à s'assurer ensuite qu'elle a correctement été appliquée au cas d'espèce. Tout ceci est assez idéal dans le principe mais finalement complexe en pratique. Ainsi, l'analyse multicritères qui sert à déterminer le prix dans un retrait obligatoire a été approuvée par la Cour d'appel de Paris. Le juge doit alors s'assurer que les cinq ou six critères ont bien été appliqués. Simplement, on s'aper-

çoit souvent que la méthode est utilisée de manière déductive plutôt qu'inductive. La question qui se pose alors est de savoir si, en définitive, le prix est acceptable ou pas.

PA — Le juge intervient traditionnellement sur des situations passées, le régulateur tente d'organiser l'avenir, comment ces deux préoccupations apparemment contradictoires peuvent-elles se rejoindre en matière de droit économique ?

GC — S'il est vrai que le juge règle un litige passé, chaque décision de justice est une pierre apportée à l'édifice du droit, en cela le juge tient compte du futur. C'est ainsi qu'il a pu construire le droit financier en l'espace d'une dizaine d'années, ce qui est un délai relativement court.

MAFR — Il est important en droit économique que les décisions soient instructives, c'est-à-dire que leur contenu permette aux acteurs concernés de dégager des informations susceptibles d'éclairer leur comportement ultérieur. Dès lors, la décision la moins intéressante est celle qui porte sur des cas très atypiques non susceptibles de se reproduire. À l'inverse, la plus instructive est celle qui va statuer sur un cas ordinaire répétitif à l'occasion duquel le juge arrivera à dégager une exigence méthodologique. Dans ces matières où le législateur est un peu en recul, les juges du fond doivent se penser comme ayant un devoir pédagogique.

GC — C'est ainsi en effet que le régulateur pourra mesurer sa marge de manœuvre et les parties déterminer en quoi elles peuvent contester la décision du régulateur. Encore une fois, le droit de la concurrence se pose en modèle dans la mesure où le juge s'est toujours efforcé de dire assez clairement au Conseil ce qu'il devait faire en terme de méthode. La Cour d'appel de Paris a d'ailleurs souvent organisé des réunions avec les régulateurs pour expliquer la portée de ses décisions mais aussi entendre les arguments de ces autorités et prendre la mesure de leurs contraintes de fonctionnement. Ces rapports sont déterminants à la fois sur le terrain contentieux qui fixe la règle et sur le terrain extra-contentieux qui fixe la relation.

Propos recueillis par Olivia DUFOUR