



30 ANS
de Loi bancaire

Après la Loi Bancaire, le droit bancaire au milieu d'un gué



**MARIE-ANNE
FRISON-ROCHE**

Professeur
Sciences-Po (Paris)

Le droit bancaire est aujourd'hui écartelé entre deux logiques, celle de la Loi Bancaire de 1984, conçue pour organiser d'une façon optimale les relations bilatérales entre la banque et ses divers cocontractants, et celle d'une gestion des risques systémiques d'un marché financier dont les banques sont les principaux opérateurs. Il revient aux juristes de définir les conditions d'articulation, parfois complexes, entre ces deux conceptions.

L'ensemble des contributions montre que ce que l'on désigne d'une façon continue comme la Loi Bancaire est à la fois un socle, ce sur quoi tout semble s'être construit et à partir de quoi tout a changé, mais aussi ce qui désormais est loin de nos regards, lesquels se porteraient vers autre chose, vers Internet, vers l'Union bancaire, ces autres espaces auxquels la loi de 1984 n'avait pas posé sa marque.

Pourtant, c'est bien de « marque » qu'il s'agit, car la loi du 24 janvier 1984 a pour intitulé précis « loi relative au contrôle et à l'activité des établissements de crédit ». Mais nous la désignons tous comme la « Loi Bancaire », avec des majuscules de majesté.

Certes, les titres des lois ne sont pas votés par le Parlement et le Conseil constitutionnel rappelle qu'ils n'ont donc pas de portée normative, mais le fait de la désigner ainsi lui confère un rôle fondamental, comme Carbonnier a pu dire que le Code civil est notre « Constitution civile ». Ainsi, les lois ont eu beau se succéder, auxquelles de nombreux ministres ont voulu attacher leur patronyme, la Loi Bancaire est demeurée dans les esprits.

Ce marbre que semble contenir ce titre presque nobiliaire qui lui fut donné, plus abstrait que les paraphrases qui servent aujourd'hui d'intitulés aux lois et moins fragiles que les noms ministériels, s'explique, ce qui a été montré

par le Doyen Yves Gérard, en ce que la loi du 24 janvier 1984 a organisé les activités des banques.

Contribuant à donner à celles-ci les moyens d'agir sur un marché, mais aussi, du fait que les banques n'étaient plus publiques et n'étaient plus contrôlées par l'État-actionnaire, mettant en place un système plus élaboré de contrôle des banques, la Loi Bancaire plantait les germes du système à venir de régulation bancaire, à travers la supervision et la réglementation bancaires.

Comme l'a souligné Nicolas Mathey, il y a bien un continuum entre les choix institutionnels faits par la loi de 1984 et ceux qui ont suivi dans les 30 années suivantes et les dispositions relatives aux relations contractuelles entre les banques et leurs clients, sans qu'il faille loger les premiers dans le droit public et les seconds dans le droit privé. En effet, l'évolution montre que le droit bancaire demeure imprégné d'ordre public, de droit public et que le souci du risque systémique met au centre la puissance publique, voire l'argent public, tandis que la banque se présente comme un marché à la porte duquel les Autorités de la concurrence ne veulent pas rester.

Mais trente ans après, les auteurs se tournent vers l'avenir et, à les lire, c'est avec une certaine inquiétude ou une certaine désapprobation. En effet, au souci de l'avenir semble se substituer l'affirmation d'un avenir qui « fait souci ».

Ainsi, à lire Marielle Cohen-Branche, une nostalgie nous saisit d'une loi du 24 janvier 2014 si bien écrite en si peu de dispositions, lorsqu'on la compare à l'état actuel et à venir des textes qui pleuvent sur la matière, d'autres étant adoptés avant que les précédents soient entrés en vigueur, chacun écrivant par simple renvoi à des dizaines de dispositions aux multiples ancrages.

Que d'ouvrages aujourd'hui sur la table de travail pour lire une seule loi, non seulement la loi consultée mais tous les codes contenant les articles auxquels elle renvoie dans ses dispositions ou ses définitions ponctuellement faites « au sens du présent texte », car un mot n'a plus de sens que pour une loi et non plus en soi... Il faut y ajouter tous les textes de l'Union européenne et c'est alors un ordinateur connecté dont l'écran doit orner le bureau, car nul ne songe à disposer du JOUE en papier.

Bientôt, comme dans Peter Pan, nous volerons vers le Pays imaginaire du droit bancaire, puisqu'il nous faut nous référer à des lois qui n'existent pas, mais auxquelles l'on « songe » et sur lesquelles en conséquence les régulateurs prennent déjà position, ce qui conduit les opérateurs à ajuster dès à présent leur comportement.

Nos outils de travail ont changé depuis 1984 et notre table de travail s'est encombrée.

Non pas parce que la Loi Bancaire aurait mal vieilli, ou qu'elle ne supporte pas des raisonnements complexes. En effet, le droit bancaire est depuis toujours un nœud de droit civil, de droit des contrats, de la distribution, des sûretés, des procédures collectives. Mais le droit bancaire a changé de lieu, le Doyen Jean Stoufflet soulignant que l'Union bancaire en est le nouveau foyer. Il est vrai qu'Yves Gérard a montré que depuis 1984 le droit de l'Union européenne a pris possession de la matière.

Le mécontentement vient plutôt des sigles inconnus et cumulés, tirés d'expressions anglaises, renvoyant à des séquences figées décrivant des obligations ou des procédures pesant sur les banques, lesquelles commencent à s'adapter et à calculer les coûts supplémentaires de ces régulations et supervisions nouvelles, décrites par Thierry Samin.

Est apparu un nouveau corpus, qui n'était qu'en germe en 1984 mais qui semble hétérogène au système général de la Loi Bancaire, tandis que le système en train de se mettre en place, se dessinant comme l'avenir de la banque, doit conserver ce qui était la genèse du système dessiné en 1984.

Or, en 1984, la Loi Bancaire concevant la banque comme l'entreprise nouant des relations contractuelles avec les dépositaires et les emprunteurs, relations triangulaires et à long terme un droit spécifique a été établie. Aujourd'hui, la banque est un opérateur sur le marché, où elle y développe sa puissance financière. Son éventuelle fragilité peut faire vaciller le système financier et l'économie, ce à quoi la puissance publique doit remédier. Ainsi, des contrats particuliers entre acteurs l'on passe à la régulation de la finance, laquelle est le moteur de l'économie.

Mais dès 1984, malgré le système libéral, le souci de solidité et de supervision est déjà présent, de la même façon que le contrat demeurera la façon dont les banques développent leurs activités, même purement financières. Pourtant, les deux logiques n'ont plus la même force. Lorsqu'on fait un arrêt sur image, au début de l'année 2014, année cruciale pour la construction de l'Union bancaire, on a l'impression que le droit bancaire est écartelé entre deux logiques et qu'il n'a pas encore choisi son camp.

Pourtant, on peut ici mesurer les points de rencontre et d'achoppement entre les deux conceptions, celle d'une Loi Bancaire conçue en 1984 comme une façon de concevoir d'une façon optimale les relations bilatérales entre la banque et ses divers cocontractants et celle d'une gestion des risques systémiques d'un marché financier dont les banques sont les principes opérateurs (I.). Nous ne connaissons pas la suite de l'histoire, mais nous pouvons suggérer le rôle que les juristes devraient y jouer, c'est leur fonction classique : ils devraient définir les conditions d'articulation des différentes logiques (II.).

I. LA POSSIBILITÉ MÊME D'ARTICULER LA LOGIQUE DE RÉGULATION DU SECTEUR ET LA LOGIQUE D'ORGANISATION BILATÉRALE OPTIMALE

L'articulation de ces deux logiques paraît complexe, car la contradiction a été relevée d'emblée au cœur du droit bancaire à propos du secret bancaire (1.). Ensuite, l'articulation doit se faire parce que c'est la banque en tant que puissance financière qui est appréhendée (2.). Depuis 1984, la banque a diversifié les services qu'elle propose (3.). De cela, la Loi Bancaire en avait relativement peu parlé, mais la *Soft Law*, chère à la régulation, s'en est chargée par la suite (4.).

1. Le secret bancaire, cœur des contradictions

Jérôme Lasserre Capdeville montre toute l'importance du secret bancaire dans la Loi Bancaire. Il met en valeur les condamnations intervenues pour sanctionner sa violation, preuve de son importance et de son effectivité.

Il s'agit d'un secret professionnel et s'il y a des qualifications pénales, ce n'est que pour mieux protéger l'intérêt du client car, comme souvent en droit pénal économique, c'est un intérêt privé légitime qu'il s'agit de protéger.

Mais Jérôme Lasserre Capdeville montre que l'évolution du droit positif a contrarié ce point de départ, par exemple par la loi LME du 4 août 2008. Si d'autres textes sont venus, européens ou internationaux, c'est que l'ordre public vise aujourd'hui à protéger d'autres personnes que le client, par exemple en matière de blanchiment d'argent.

Le secret est un naturel objet d'affrontements. En effet, comme l'on dit que l'information est le « bien commun » du marché financier, l'on serait tenté de dire que le secret bancaire est le « bien commun » d'une place bancaire. Certains vont jusqu'à dire qu'il les transforme en paradis.

Dès lors, les deux finalités se contredisent. Or, entre l'intérêt privé du client, l'intérêt collectif de la place bancaire, face à l'intérêt général vers lequel tend la lutte contre la corruption politique, la traite des êtres humains, le trafic de drogue, etc., on peut sans être devin anticiper que le secret bancaire va diminuer. Certes, des opérations bancaires resteront très peu connues, mais ce sera l'effet du droit des sociétés, non celui de l'évolution du droit bancaire lui-même.

On peut d'ailleurs craindre que le droit bancaire, versant de plus en plus dans le droit de la régulation, n'aille trop loin, en considérant les banques comme des sortes de « criminels nés ». Ainsi, le souci non seulement de l'effectivité mais de l'efficacité, va multiplier le système des peines automatiques, des sanctions cumulées, des présomptions automatiques, etc. L'avenir sera-t-il voué à la régression procédurale ? On peut le craindre.

Cela tient aussi au fait que les banques ne sont pas « aimées » par l'opinion publique, qui approuve la répression à leur rencontre.



En effet, la législation est aussi une affaire de sociologie. Comme le souligne Jérôme Lasserre Capdeville, la relation bancaire est basée sur la confiance et le secret concourt à celle-ci. Mais l'argument se retourne.

En effet, et en premier lieu, dès 1984 le législateur a le souci de protéger le client de la banque, car il ne comprend pas tous les droits et toutes les obligations engendrées par la relation contractuelle qu'il envisage ou dans laquelle il évolue. Dans une telle asymétrie d'information, notamment appréhendée par le droit commun de la consommation, évoquée par Christophe Juillet, la solution est l'information. Ainsi, la Cour de cassation et les lois ultérieures vont faire pénétrer de l'information dans le contrat bancaire.

Ce « secret bancaire », qui devait n'être qu'un secret à l'égard des tiers d'une information commune aux deux parties aguerries que seraient la banque et son client, est perçu désormais comme la rente informationnelle du banquier, qui garde l'information pour lui, qu'il s'agisse d'en priver le tiers ou d'en priver son propre client, et la loi va lutter contre le « secret du banquier » dans un mouvement d'ensemble.

En second lieu, la banque est un opérateur très visible dans la société. Le secret dont les banques s'entourent apparaît à certains comme un aveu de culpabilité, voire de complots et l'on trouve des documents qui évoquent des « plans de conquête » du monde par les banquiers.

En outre, le conflit de logiques apparaît nettement quand on observe que la confiance, « bien commun » des marchés financiers, a pour moteur l'information. Dans ces conditions, le moteur de la confiance de l'un (l'information pour les marchés) éteint le combustible de la confiance pour l'autre (le secret pour la banque).

Cela est tangible dans la régulation prudentielle qui permet toujours plus au régulateur bancaire de pénétrer dans les banques, sans qu'on ne puisse rien lui cacher. Plus encore, les sanctions de l'ACPR cessent d'être secrètes pour devenir publiques. Le grand principe de transparence envahit tout : les banques, non plus en marbre, mais en verre.

2. De l'argent à la puissance financière

La banque, c'est avant tout une entreprise qui manipule de l'argent, argent qu'on lui dépose, qu'elle prête, qu'elle « invente » au besoin par la monnaie scripturale et les produits financiers.

Le « dépôt bancaire », analysé par Philippe Neau-Leduc, est ce qui justifie le monopole bancaire. Or, on peine à définir le dépôt bancaire indépendamment du contrat de dépôt bancaire, tandis que le principe de monopole s'évapore.

Le dépôt est bien une masse d'argent « déposée » par le « public ». Philippe Neau-Leduc montrant l'évolution dans la Loi Bancaire, qui se détache de la notion de « dépôt » pour aller vers celle de « fonds » remis à la banque.

Nous sommes sans doute en train d'aller plus loin. En effet, la notion de fonds n'est plus la référence la plus pertinence. Indépendamment de « l'entrée en compte »

qui noue la relation décrite par Richard Routier, les fonds entrent ainsi sur le secteur financier, par le biais de l'opérateur de marché qu'est la banque, en relation avec le « public », acteur plus général que le « déposant ».

Par le mécanisme des dépôts, le public offre à la banque sa « puissance financière », que celle-ci va compléter par de l'ingénierie financière. On passe alors du secteur bancaire au secteur financier. Ainsi, les marchés financiers sont alimentés par l'argent du public, que celui-ci transite par les banques ou non. Les banques elles-mêmes sont alors avant tout perçues comme des agents financiers. Cette structure de marché, qui renvoie l'économie au droit financier, est l'image d'une certaine économie, l'économie anglaise et nord-américaine.

Symétriquement, si le droit transforme le droit bancaire en droit financier, implicitement mais nécessairement, il se référera à une structure bancaire « idéale », ici anglo-saxonne, dans laquelle les banques sont des agents de marché financier. Les projets européens actuels, tels qu'ils ont été dessinés par la Commission européenne se réfèrent implicitement à ce schéma, la « banque idéale » étant donc un agent de marché financier. Comme le droit est lui-même structurant, le droit finira pour nous rendre tous anglais...

Ainsi, le droit, surtout depuis la crise de 2008, prête attention au fait que par l'addition des fonds que les banques ont à leur disposition grâce au « public », les banques acquièrent une « puissance financière », les dépôts entrant ainsi dans une catégorie plus générale d'argent sur lequel la banque a un temps la main et dont elle dispose.

L'avenir de la Loi Bancaire n'est-il pas alors de passer de la perspective bilatérale du contrat à la perspective sectorielle, en posant que le dépositaire alimente la « puissance financière » de la banque ?

À ce titre, une question juridique essentielle se pose dans la perspective prudentielle ; celle de savoir si les dépôts font partie ou non des quasi-fonds propres. Cela ne paraît pas possible par nature, puisque le banquier doit restituer les dépôts, ce qui conduit à les mettre au passif du bilan.

C'est là où l'on mesure que la régulation financière est une sorte de « vampire » par rapport aux branches plus classiques du droit. Comme le souligne Philippe Neau-Leduc, le dépôt est une garantie que peut offrir la banque, alors même qu'il est une dette de celle-ci. Ainsi, elle offre comme indice de solvabilité sa dette...

Comment le concevoir juridiquement, sauf à dire que le droit est indifférent à ses contradictions ? Cela se justifie en ce que le droit bancaire et le droit de la régulation ne reconstruisent pas la réalité de la même façon. En effet, le contrat de dépôt demeure, dans sa conception traditionnelle, hors du temps, tant qu'il n'est pas « activé » par les parties. Il est considéré à des « instants T », l'instant du dépôt des fonds, l'instant de la restitution des fonds, etc. Entre les deux, la puissance normative du contrat maintient les parties « hors du temps ». Dès lors, il est acquis que la banque est débitrice et se délivre de cette qualité juridique par le remboursement.

Mais la régulation est une matière volontairement

« archaïque », qui considère les choses « en vrai ». Elle constate que pendant le temps où les fonds sont à la disposition de la banque, elle exerce sur eux sa « puissance », elle en a la « maîtrise » (ce qui est la définition économique de la propriété). Tout le temps que le dépositaire ne vient demander restitution, la banque dispose de la puissance financière sur des fonds. Ainsi, un dépôt particulier d'un client se fond dans tous les dépôts particuliers de tous les autres clients. En outre, il se fond dans tous les autres moyens dont la banque dispose pour agir.

Plus encore, cette puissance de cette banque sur l'ensemble des dépôts est continue, en ce que le remboursement de certains par la banque est compensé par la rentrée par des dépôts apportés par d'autres clients. Ainsi, le mécanisme général du dépôt, globalement pris, participe à la solvabilité de la banque, peut servir de garantie. La difficulté concrète viendrait d'un « instant T » où tous les dépositaires viendraient en même temps retirer les fonds tandis que nul autre client ne viendrait en apporter : c'est l'effet de run, c'est la crise systémique.

Dès lors, dans une perspective financière et prudentielle, tout à la fois, il n'y a aucun problème pour estimer que cette masse disponible constitue des quasi-fonds propres et peut servir d'adossement de garanties, tandis que dans le même temps, ils constituent l'élément premier de la fragilité de tout le système, puisque s'y loge le risque systémique. Ce risque justifie plus encore que le droit bancaire glisse vers le droit financier.

3. De l'argent aux moyens de payer

Plus concrètement, lorsque les personnes ouvrent un compte, courant ou de dépôt, c'est pour obtenir des moyens de paiement afin d'exécuter des opérations usuelles de la vie quotidienne. Car rien n'est plus usuel dans la vie des personnes que la relation bancaire et c'est dès l'enfance que l'on connaît la banque de ses parents, voire que l'on a soi-même un compte à la banque, forme avancée de la gestion de l'argent de poche.

Richard Routier décrit la façon dont la relation de compte se crée et « s'entretient », dans une relation dont Jérôme Lasserre Capdeville montre qu'elle demeure marquée par la confiance.

Soulignant certes que la bilatéralité des mouvements qui distingue le compte-courant du compte de dépôt n'est que peu effective dans les faits, Richard Routier souligne le caractère déséquilibré de la relation, la « remise » opérée par la banque prenant le plus fréquemment la forme de découvert dont Christophe Juillet déduit que la banque est maîtresse de la relation contractuelle et que la loi seule permet de limiter ce fait.

Concrètement, lorsqu'une personne ouvre un compte, c'est surtout pour obtenir des moyens de paiement, un carnet de chèque et désormais une carte de paiement, voire de crédit, des numéros permettant de payer directement par Internet, par téléphone, etc.

Or, si le droit est resté intouché quant à savoir ce qu'est un dépôt ou une relation juridique de compte, il a évolué

quant aux instruments de paiement, Jean Stoufflet indiquant que l'avenir de la législation bancaire allait être sur Internet et sur la monnaie qui y circule, notamment le bitcoin. L'actualité montre à quel point il a raison ! Nous n'en sommes encore qu'au début de l'alliage entre le droit des télécommunications et le droit bancaire.

Ce qui nous permet de le toucher dès maintenant, c'est le droit des données personnelles qui est déjà au croisement des deux et sur lequel la Commission européenne tente d'élaborer une directive.

D'une façon concrète, les personnes ont besoin d'un compte non pas tant pour y puiser de l'argent que pour utiliser des chèques, lorsqu'elles ont peu d'argent, pour utiliser des cartes, lorsqu'elles sont plus fortunées. C'est dans cet esprit que la Loi Bancaire a fait naître un « droit au compte » décrit par Nicolas Mathey. Celui-ci souligne le lien entre celui-ci et l'appartenance au groupe social, puisque sans moyen de paiement, il devient difficile de se mouvoir dans une société.

4. La Soft Law

Nous parlons de la Loi Bancaire. Par préterition, nous y voyons le socle, le droit, le fondamental. Christophe Juillet le formule avec force : « seule la loi peut trancher, pas le juge qui n'intervient que ponctuellement ».

Mais l'évolution du droit bancaire nous éloigne de ce respect traditionnel dû à la loi dans un droit légicentré. En effet, le droit semble aspirer tout entier par un droit de l'Union européenne qui coule sur la France, alors même que l'encre de ses brouillons n'est pas sèche. Par-dessous, ce qui compte, ce sont les « positions » prises par les régulateurs sous forme de communiqués publiés sur les sites Internet.

Ordinateur, connexion, site Internet des régulateurs et « droit souple », voilà l'avenir visé Marielle Cohen-Branche. À nous aussi, il faut beaucoup de souplesse, pour comprendre qu'il faut en réalité suivre à la ligne des communiqués qui se présentent comme non contraignants. Les banques, fines mouches, ont depuis longtemps compris qu'il y a là des obligations et, par exemple, ont intégré les normes de Bâle III dont seuls quelques érudits continuent à dire qu'elles ne seront obligatoires qu'une fois insérées dans un « paquet » communautaire, joli vocable.

L'obligatoire est ce qui « fait effet » et les Anglais ont sans doute raison de faire de l'enforcement une branche du droit à part entière. Ainsi, dans un système gouverné par le souci d'efficacité des « outils » juridiques dirigés vers la satisfaction des fins recherchés par les législateurs et les régulateurs, chacun peut devenir puissant s'il est apte à « faire effet ».

C'est l'enjeu des chartes par lesquelles les banques affirment tenir aux dents leur propre puissance. Elles le font aussi sous la pression des associations, lesquelles sont très actives, comme le montre Nicolas Mathey à propos de l'effectivité du « droit au compte ». La création par la Loi Bancaire de 2013 d'un Observatoire de l'inclusion bancaire se développe aujourd'hui comme une nouvelle façon de faire la norme.



Ainsi, la Loi Bancaire ne vise pas en tant que telle la notion très nouvelle, voire étrange, d'« inclusion bancaire ». Elle ne le fait qu'en créant un « Observatoire de l'inclusion bancaire », c'est-à-dire quelque chose qui relève de la *Soft Law* et sur lequel on ne s'est que peu arrêté.

Mais l'« inclusion bancaire » renvoie à l'idée que toutes les personnes qui ont un compte forment une communauté, que celui qui n'en a pas est un « exclu ».

A contrario, pour faire rentrer quelqu'un dans le groupe social dont il est exclu, l'une des choses à faire est de lui ouvrir un compte puisqu'il y a une transitivité entre l'« inclusion bancaire » et l'« inclusion sociale », reflet du fait social dommageable qu'est l'exclusion sociale et bancaire. Le lien négatif de fait entre les deux a conduit le Législateur de 1984 à concevoir l'inclusion bancaire comme moyen de droit de lutter contre l'exclusion sociale. Ainsi sont nés le « droit au compte » et son fondement en *Soft Law* : une politique publique dont la charge est mise sur les banques.

Dès lors, par ce « droit souple » très vivement encouragé par le dernier rapport annuel du Conseil d'État, l'État va repenser les rapports entre les banques et leurs clients en termes de droits subjectifs. Cela prend la forme du « droit au compte » mais aussi ce qui va devenir le « droit au crédit » décrit par Dominique Legeais. Ils vont forcer les contrats, qui deviendront l'outil de concrétisation des droits subjectifs conférés par la loi.

Ainsi l'évolution du droit bancaire vers un droit de plus en plus tourné vers la régulation va comprimer à chaque fois davantage le droit classique des contrats, non seulement par souci de l'intérêt du secteur mais encore pour faire place à des droits subjectifs légaux.

Mais lorsqu'un « droit au compte » est évoqué, qui se concrétise par un contrat de compte entre la banque et la personne « bien-aimée » par le législateur parce qu'il s'agit d'une « personne fragile », ce n'est plus un contrat tel que traditionnellement conçu qui est visé par le droit, ce n'est plus qu'un outil de concrétisation d'un droit subjectif dont le client est titulaire actif et dont la banque devient titulaire passif.

Plus encore, si l'on suit la démonstration de Dominique Legeais, le droit s'achemine vers l'établissement d'un « droit au crédit » au bénéfice des « opérateurs fragiles » parce que le législateur les aime bien (les PME), alors le contrat de crédit ne serait que la concrétisation d'un droit subjectif, opposable à la banque. En conséquence technique et par exemple, le refus devra être justifié.

Il demeure que même en malmenant le droit classique des contrats, l'articulation ne se fait pas aussi aisément, ni maintenant, ni à l'avenir. On peut en effet tout à fait concevoir une nouvelle construction avec les éléments du droit, les mêmes particuliers faisant les nouveaux ensembles. Encore faut-il pour qu'il y ait une nouvelle articulation entre la logique traditionnelle conservée par la Loi Bancaire de 1984, à base de droit des contrats et la logique européenne dont l'année 2014 sera l'année de naissance, à base de droit des marchés financiers, que nous disposions des conditions requises : des finalités claires et des définitions arrêtées.

II. LES CONDITIONS DE L'ARTICULATION

Pour arriver à poser les conditions de l'articulation, il faut satisfaire deux nécessités. Tout d'abord, il faut poser les finalités (1.). Ensuite, il faut poser les définitions (2.). Or, nous sommes très loin du compte...

1. La nécessité de fixer les finalités

Christophe Juillet souligne qu'en matière de cautionnement, l'on ne peut aujourd'hui rien anticiper, voire rien comprendre, parce qu'on ne distingue pas les finalités les mécanismes exigés par le législateur en la matière, les textes techniques se télescopant, dans des finalités exposées d'une façon contradictoire. Ainsi, l'on ne saurait dire si la mention manuscrite renvoie encore à un formalisme de protection ou bien si l'on est revenue à un mécanisme probatoire de réalité du consentement.

Or, si le droit bancaire doit emprunter de plus en plus au droit de la régulation bancaire, cette indétermination des finalités est très préoccupante. En effet, le droit de la régulation est téléologique.

Le droit de la régulation place la normativité dans les fins qu'il poursuit et développe un souci d'effectivité afin que toute disposition ou mécanisme, contraignant, incitatif, etc., aboutisse à la concrétisation des fins, c'est-à-dire l'« implémentation » des résultats escomptés.

Une loi si bien faite soit-elle qui ne produit pas les effets économiques et financiers que l'on attend d'elle est une loi « ratée ». Ainsi, Dominique Legeais signale la déception causée par la Loi Bancaire qui n'a su rendre attractif le mécanisme Dailly, les réformes successives n'ayant pas plus pu faire disparaître la plaie française du crédit inter-entreprise.

Mais l'ensemble repose sur la formulation préalable de la fin poursuivie et les économistes de la régulation précisent que le législateur ne doit poursuivre qu'un seul but. Car s'il n'exprime pas le but qu'il poursuit ou qu'il en indique plusieurs, alors de fait il donne tout pouvoir au Régulateur, de fait il instaure un régulateur discrétionnaire.

Pourtant, on ne connaît guère les fins de la régulation bancaire, et plus cela va, moins on les discerne... En effet, pour la Commission européenne, la régulation bancaire a pour fin la prévention et la gestion du risque systémique bancaire, afin de préserver le système financier. Cela implique, et la conséquence est de taille, que le droit bancaire va se dissoudre dans le droit financier...

Mais la loi du 26 juillet 2013 sur la séparation et la régulation bancaire a réaffirmé fortement le « droit au compte » que Nicolas Mathey montre la finalité sociale et qui n'a pas de rapport avec le risque systémique, l'accès au compte par chacun ne concourant en rien à la préservation du risque systémique.

Plus encore, cette loi du 26 juillet 2013 met en avant deux finalités, non seulement la préservation du système financier contre le risque systémique mais encore la possibilité pour les banques d'assurer leur rôle de financement de l'économie. Il existe donc trois finali-

tés. Cela constitue l'ACPR comme un régulateur quasi discrétionnaire.

Ainsi, la législation bancaire n'irait pas vers un droit de la consommation, comme l'a fait la loi Dodd-Frank aux États-Unis, mais vers un droit de protection sociale. Si le troisième but, retenu par la Loi Bancaire, amplifié par la loi de régulation de 2013, est bien celui-ci, alors la Loi Bancaire est une loi exprimant un choix politique.

Dans ce cas, la qualification juridique du rapport entre la banque et son client change et relève du service public, ce qui change corrélativement la position du droit bancaire par rapport au droit de la concurrence, puisque le compte, moyen d'insertion social, est devenu un bien commun, voulu par le Politique.

Dès lors, tout d'abord, si l'on reprend les qualifications classiques, cela correspond à une mission de service public, que l'État organise et impose, au titre des « biens publics ». Cela implique alors que les banques sont en double charge d'un service public, du fait de la Loi Bancaire, amplifié par les lois suivantes. Tout d'abord l'accès de tous à un compte, c'est-à-dire un service public social, puis une obligation de financer l'économie, ce qui constitue un service public économique et financier. La création de la Banque Publique d'Investissement (BPI) en est le signe.

Mais à l'avenir, les banques ont-elles vocation à être de plus en plus « paternalistes », incitées en ce sens par un législateur dont un instrument préféré est le Livret A, dont nous devons sans cesse justifier la raison d'être et les faveurs fiscales devant la Commission européenne ?

Dominique Legeais montre que si cette dimension d'incitation de crédit aux entreprises est devenue prégnante et si la Loi Bancaire a été un point marquant en accroissant l'efficacité du bordereau Dailly, il souligne qu'en 1984 l'on considère que les entreprises pouvaient supporter le refus de crédit ou endurer la faillite faute de l'avoir obtenu.

Aujourd'hui, l'idée d'un « droit au crédit » émerge. Un paternalisme commercial se répand, définissant les banques comme des agents de service public, à l'opposé d'un droit de la concurrence qui les projette de plus en plus les unes contre les autres.

Est-ce que ce droit de la concurrence va admettre cette évolution de politique sociale ? Surtout si les banques sollicitent de l'État des aides pour intégrer ces clients qui ne rapportent rien ? Le droit des aides d'État en sera le test. On mesure l'affrontement dans le cas des « images-chèques », où l'Autorité de la concurrence condamne par une décision du 20 septembre 2010 et la Cour de Paris justifie l'entente entre « banques des pauvres » et « banques des riches » par un arrêt du 23 février 2012.

2. La nécessité de fixer les définitions

La première définition nécessaire ramène à une question difficile : qu'est-ce qu'une banque ?

Richard Routier rappelle que la banque est l'entreprise qui ouvre des comptes et qui assure des prestations sur

les fonds qui y sont déposés, avant de les restituer à son dépositaire à sa demande soit ponctuellement soit définitivement à la clôture du compte.

Dès lors, la banque est un prestataire de services.

Jean Stoufflet montre l'importance de la nouvelle catégorie de PSB¹. Ainsi, comme en droit de la concurrence, lequel définit l'entreprise comme l'entité qui a une activité économique sur un marché, c'est l'activité qui définit l'organe.

Le droit bancaire n'est plus le « droit des banques » mais le droit des prestataires de services bancaires, définition fonctionnelle construite sur le service rendu. Dès qu'on s'éloigne du critère organique pour aller vers le critère fonctionnel, la question du monopole se pose et Jean Stoufflet évoque les prochaines tempêtes et incertitudes juridiques qui vont souffler sur les financements « coopératifs » qui se mettent en place sur Internet, car le Kiss Kiss Bank Bank peut se retourner contre ses Gentils Organisateurs.

D'ailleurs, ces PSB vont penser à leurs cousins germains, les PSI². Ceux-là relèvent certes du droit financier. Mais les services bancaires et les services financiers deviennent très proches, sont souvent conçus par les mêmes entreprises, se combinent dans une « industrie » unifiée et auraient tendance à fusionner dans une même branche du droit. Ainsi, la définition de la branche du droit par l'organe disparaît au profit d'une définition par l'activité : la production de services consistant à proposer des produits immatériels, qui rapportent immédiatement au PSB qui le fournit et peut-être plus tard à celui-ci qui le prend, si le vent des marchés financiers lui est favorable, si le Libor rend un oracle favorable, etc.

Un droit bancaire appréhendant l'entreprise uniquement par l'activité, correspond à la définition naturellement adoptée par l'Autorité de concurrence, pour laquelle tout est service.

Cela est notamment vrai lorsque la prestation de la banque consiste à délivrer des moyens de paiement, que sont les cartes bancaires. Cela a donné lieu à de multiples contentieux français, européens et nord-américains sanctionnant les banques pour ententes, les Autorités de concurrence montrant qu'il s'agissait de marchés autonomes et bifaces sur lesquels les banques ne pouvaient prétendre appliquer les mêmes règles que sur le secteur bancaire.

À l'avenir, l'articulation du droit de la concurrence et du droit bancaire se jouera sur la question de savoir de quelle façon et jusqu'à quel point les banques sont des entreprises ordinaires, quelle que soit la violence de la concurrence qu'elles se livrent entre elles.

En effet, même si elles sont en compétition, et en cela sont « ordinaires », leur monopole peut demeurer justifié par le risque systémique et la nécessité de les lester d'une supervision prudentielle. Si l'on doit aller plus loin dans le sens d'un carcan prudentiel, et

1. Prestataire de service bancaire.

2. Prestataire de Services d'Investissement.



l'on va vers un accroissement radical de celui-ci, dans les normes et les méthodes de supervision, alors le monopole bancaire devrait être préservé, et la lutte contre le *Shadow Banking* s'accroître.

Certes, les évolutions techniques rendent plus difficile qu'avant le maintien du monopole bancaire, mais est posée ici la seule question de sa raison d'être, même si la banque est une entreprise dont l'activité est une activité ordinaire de services, en compétition avec d'autres. Il faut mais il suffit qu'existe un risque systémique pour que le monopole soit légitime. Ainsi, à l'avenir, l'opposition entre concurrence et régulation va apparaître plus nettement encore.

En outre, si l'on affirme que la banque est un prestataire de services comme un autre, alors sa finalité est la même que celle des autres entreprises : se développer et distribuer des bénéfices à ses associés du fait du contrat d'intérêt commun qui la fonde. C'est la base du mouvement *Law and Finance*.

Mais la loi du 26 juillet 2013 sur la séparation et la régulation bancaire ne dit pas cela. Elle assigne à la banque une fonction spécifique : financer l'économie réelle. Cela signifie que, de par la loi, la banque doit utiliser sa puissance financière pour la transformer en puissance économique. On décrit souvent l'industrie bancaire comme une « industrie de transformation », comme une transformation de prêts de court terme en prêts à long terme. Cette description serait devenue une prescription juridique, sur ordre du Législateur en 2013.

Cette définition de la banque comme dispensatrice de crédit à l'économie réelle, soit par soutien à la demande (crédit à la consommation), soit par soutien à l'offre (crédit aux entreprises) se conçoit d'autant plus que Richard Routier rappelle qu'à travers le compte-courant la banque accorde le plus souvent un découvert au client, c'est-à-dire un crédit, mécanisme de crédit qui se cumule à celui utilisé par la banque au bénéfice des tiers dans des contrats de crédit. Ainsi rattachée au financement de l'économie réelle, la banque participe à la politique économique de l'État, ce qui l'éloigne plus encore du droit européen de la concurrence.

Par ailleurs, si l'on définit ainsi la Banque, l'appréhendant par sa puissance à prêter grâce aux dépôts qui lui sont un temps laissés, alors la Banque est par nature autre chose qu'une compagnie d'assurance. Cela paraît évident. La Loi Bancaire ne porte que sur les banques. Cela va de soi et il paraît à première vue stupide de le mentionner : la Banque est l'objet naturel et exclusif du droit bancaire, cela est gravé dans le marbre.

Mais est-ce bien certain ?

En effet, si la banque est un prestataire de services, qui notamment fabrique des produits financiers et fait principalement ses profits par des activités d'intermédiation de marchés, même si ce type d'activité est désormais pratiqué par une filiale distincte, alors la compagnie d'assurance a exactement la même activité lorsqu'elle propose une assurance vie, produit financier très courant.

L'Union bancaire en tire toute conséquence, en met-

tant en place un comité joint entre l'ESMA, l'EB et l'EIOPA, comité qui travaille sur les textes qui nous régiront demain mais dont les banques internalisent déjà des principes qui n'ont de souples que le nom.

En outre, est-ce bien sûr que la banque soit un prestataire de service ? N'est-elle pas plutôt un fabricant de produits, qu'elle met sur le marché, qu'elle vend à l'encan à travers de si nombreuses publicités. N'est-ce pas plutôt des produits que des services qui sont vendus ?

En effet, Marielle Cohen-Branche décrit ces produits bancaires incompréhensibles. C'est là leur moindre défaut car nous savons désormais que beaucoup étaient toxiques et l'avenir sera le temps des procès. C'est le droit des produits défectueux et des produits dangereux qui est en train de se construire. Le juge national et communautaire y tiendra en grande partie la plume.

Et c'est alors le droit de la consommation des produits dangereux qui apparaît. Certes, sous une forme spéciale, celle de la protection du consommateur de crédit, ce bonbon tentant devant lequel salivent ceux qui aiment les gros bonhommes verts inimitables, mais c'est la même idée. D'autant plus que ce consommateur entraîne dans son engouement d'avelement de crédit un personnage que le législateur se représente comme « innocent » : la caution.

Comme l'explique Christophe Juillet, la Loi Bancaire prend comme moyen de protection l'information de la caution. C'est un moyen libéral, Christophe Juillet soulignant que « la caution doit prendre conscience ». Cela rejoint la conception mise en œuvre par la loi Dodd-Frank dans la protection de l'investisseur : « la bonne caution est la caution informée » comme « le bon investisseur est l'investisseur informé ». Comme nous sommes dans une perspective concrète, le contrat est dans un « temps continué » et c'est pourquoi l'information est annuelle, comme les investisseurs sont régulièrement informés par les sociétés, à travers les documents comptables et sociaux de l'émetteur des titres dont ils sont titulaires.

Nous en revenons ainsi à la notion qui est au cœur des marchés financiers : l'information. Nous voilà bien loin du secret. L'avenir dira comment jouera la dialectique entre la finance et la banque, entre le contrat et la protection du secteur, entre la volonté des personnes et les politiques publiques.

Il est certain qu'aucun de ces termes ne se retirera, ils étaient présents dans la Loi Bancaire, le droit en a tiré les fils par la suite et l'écheveau continuera de se nouer, en espérant que le droit communautaire n'oublie pas que la matière bancaire est composée aussi de droit, ce qui était d'évidence quand on lit la loi de 1984, ce dont on vient à douter quand on lit les projets de l'Union européenne.

Mais alors, ce sont les juges qui rappellent à l'ordre du droit, car dans les systèmes, et cela sera alors rappelé à nos dépens, ce sont les juges qui ont toujours le dernier mot. ■