

CONTEXTE “Savoir comment l'économiste comprend la règle de droit et comment la règle de droit prend en compte l'analyse de l'économiste”, tel est l'objectif du cycle de séminaires organisés par Sciences Po et la Cour de cassation sur le thème “Droit, économie et justice dans le secteur bancaire”. Guy Canivet et Marie-Anne Frison-Roche tirent les princi-

pales conclusions de ces travaux. Les discussions ont aussi permis de réfléchir sur les spécificités du secteur bancaire et dans quelle mesure elles soustraient ce dernier au droit commun. Sur ce point, Christian Noyer complète les conclusions des conférences par sa propre interprétation de la question.

BANQUE & DROIT “FAIRE COÏNCIDER LES VISIONS ÉCONOMIQUE ET JUDICIAIRE”



Marie-Anne Frison-Roche

Directeur de la chaire
régulation de
Sciences Po (Paris)

Outre une meilleure compréhension entre magistrats et professionnels, les conférences organisées par la Cour de cassation et Sciences Po ont permis de réfléchir sur des sujets divers tels que l'émergence d'un droit à la sécurité bancaire, la fonction sociale des banques ou l'application du droit de la concurrence à ces dernières.

■ **La Cour de cassation et la chaire de régulation de Sciences Po ont lancé il y a deux ans un cycle de séminaires sur les relations entre économie, droit et justice. Cette année, les travaux ont été consacrés à la banque. Quels enseignements peut-on tirer de ces réflexions ?**

Marie-Anne Frison-Roche : Juristes et économistes ont un intérêt commun à dialoguer, mais ils n'en ont pas souvent l'occasion. C'est la raison pour laquelle il nous est apparu nécessaire d'instaurer un débat entre eux et, à travers eux, entre les disciplines. Le thème de la banque s'y prête particulièrement, dans la mesure où ni l'économiste ni le juriste

ne peuvent de prime abord imposer leurs propres qualifications, le secteur bancaire étant un fait, appelant dans un même mouvement catégories juridiques et économiques. En outre, le sujet permet d'aborder de multiples façons une question fondamentale : les banques sont-elles des entreprises comme les autres, de sorte que le droit commun doit les régir en principe, ou bien sont-elles affectées de particularités telles que l'analyse juridique et économique n'est pertinente à leur égard qu'en intégrant cette spécificité ? L'inclinaison vers le lot commun ou vers la spécificité modifie la façon dont le juge doit appliquer la règle de droit dans ce secteur. Cela est vrai en matière de droit de la concurrence, en droit des sociétés, en droit comptable, en droit de la responsabilité, etc.

Guy Canivet : La jurisprudence en droit des affaires est confrontée à deux écueils : le premier serait d'interpréter la loi avec un tel aveuglement qu'elle s'écarterait de ses objectifs et deviendrait inefficace ; le second serait que le droit soit en décalage avec les préoccupations des professionnels concernés, ce qui aboutirait à ce qu'il ne soit pas compris et donc rejeté. Pour régler cette difficulté, la seule solution consiste à confronter la jurisprudence à l'opi-

nion critique des économistes et des professionnels pour rechercher, autant que faire se peut, une coïncidence entre les visions économique et judiciaire.

■ **Les banquiers se sont-ils prêtés au jeu et ont-ils aperçu un enrichissement ?**

M.-A. F.-R. : Le “jeu” a été le suivant : les séances ont débuté par des interventions d'universitaires, professeurs de droit ou d'économie, ou encore de régulateurs. Par exemple, la question de la *corporate governance* en matière bancaire a été abordée à la fois par un professeur d'économie et par le Gouverneur de la Banque de France. Dans un second temps, les professionnels de la banque participaient aux débats, enrichissant ceux-ci par la confrontation plus nette entre la théorie et la pratique.

G. C. : L'intérêt de créer une interface universitaire pour analyser la jurisprudence, c'est de dépasser les cas individuels pour procéder à une évaluation d'ensemble, en replaçant chaque affaire dans une problématique générale.

■ **Économistes et juristes peuvent-ils se comprendre alors qu'ils ne parlent toujours pas le même langage ?**



Guy Canivet

Premier Président de
la Cour de cassation

M.-A. F.-R. : L'essentiel est que l'auditoire, qui écoute et les uns et les autres, accroisse son aptitude à se forger une opinion propre. Cela suppose qu'il y ait des divergences dans les approches, mais aussi suffisamment de points de contact entre les interventions du juriste et de l'économiste pour que celui qui les écoute puisse en tirer profit. Ainsi, lorsque la responsabilité du banquier fut évoquée, l'économiste a exposé quel était, à son sens, le choix efficace entre responsabilité sans faute et responsabilité avec faute pour que la banque ait le niveau de prise de risque et de surveillance adéquat. Le professeur de droit, quant à lui, a choisi de s'abstraire de la jurisprudence pour évoquer l'émergence de droits fondamentaux nouveaux en matière bancaire, par exemple le droit à la sécurité bancaire, ou la fonction sociale des banques. Les points de contact entre ces deux approches ont conduit le débat à ouvrir la question du rôle des banques dans les éco-

« Il ne s'agit pas de subordonner l'ensemble du droit à l'efficacité économique, mais de donner à la loi une portée qui soit la plus favorable économiquement. »

nomies et les sociétés. Il est apparu qu'on leur demandait d'être en même temps les agents de la sécurité du système, via la lutte contre le blanchiment, mais également les agents de la cohésion sociale. Il est important que la justice tienne compte de cette évolution dans ses décisions. **G. C. :** Dès lors que l'on confronte les points de vue, pour savoir comment l'économiste comprend la règle de droit et comment la règle de droit prend en compte l'analyse de l'économiste, on provoque l'interpénétration des raisonnements et donc

l'évolution mutuelle des deux disciplines. L'essentiel, encore une fois, est de parvenir à faire coïncider l'analyse économique et la construction jurisprudentielle.

■ Jusqu'où le juge doit-il tenir compte de la théorie économique dans ses décisions ?

G. C. : Il ne s'agit en aucun cas de permettre aux économistes de dicter aux juges leurs décisions. Tout dépend en réalité de la conception que l'on a du rôle du juge. Ou bien on considère, selon une théorie désormais largement dépassée, qu'il doit en faire une interprétation purement syntaxique – on dit “exégétique” – et dans ce cas, toute confrontation avec des éléments extérieurs à la règle est inutile. Ou au contraire on estime, au contraire, selon une conception plus moderne de la jurisprudence, que le juge doit donner à la règle de droit sa pleine efficacité, ce qui implique qu'il tienne compte de l'impact économique qu'elle peut avoir dans un contexte particulier. Il ne s'agit pas de subordonner l'ensemble du droit à l'efficacité économique, mais de donner à la loi une portée qui soit la plus favorable économiquement. En pratique, cela signifie, par exemple, que l'interprétation du droit bancaire recherche la relation la plus efficace possible entre la banque et ses clients. Il ne s'agit évidemment pas de recréer le droit à partir de théories économiques, mais de considérer les facteurs économiques concrets dans l'espace d'appréciation donné au juge pour l'interprétation de la loi. **M.-A. F.-R. :** Il est étonnant de constater que, pour certains, le simple fait de connaître les effets économiques et systémiques des décisions de justice briderait la liberté du juge. Le juge peut très bien estimer que le système doit supporter les effets économiques défavorables de sa décision, notamment parce que la

législation l'implique ou parce qu'une autre considération, par exemple morale, y conduit.

■ En d'autres termes, l'analyse économique constitue un outil de décision supplémentaire pour le juge, mais il n'exclut pas de prendre d'autres éléments en considération ?

G. C. : À moins de comprendre le droit comme un système fermé qui n'a d'autre justification qu'en lui-même, force est de reconnaître qu'il est conçu pour organiser les rapports sociaux et économiques, et qu'il doit donc le faire le mieux possible. Prenons l'exemple de la responsabilité du banquier pour octroi abusif de crédit : on affirme régulièrement qu'à trop rechercher la responsabilité des banques sur un tel fondement, on risque de ruiner le crédit. Le juge ne peut évidemment être sourd à cet argument ; il vérifie si, en pratique, sa jurisprudence perturbe les mécanismes d'investissement. Or, précisément, la conférence sur la responsabilité du banquier a permis de démontrer que le système avait trouvé un point d'équilibre et qu'il n'y avait pas sur cette question de difficulté majeure. Plus encore, ce n'est pas la loi mais bien la jurisprudence qui a édifié les principes de responsabilité du banquier ; c'est donc au juge qu'il appartient de s'assurer de la pertinence des solutions qu'il détermine. L'intérêt de la jurisprudence est qu'elle peut évoluer en fonction du contexte économique.

■ De quel juge parle-t-on ? S'agit-il uniquement du juge de cassation, dont la mission consiste à harmoniser la jurisprudence, ou tous les juges sont-ils appelés à tenir compte de l'incidence économique de leurs décisions ?

G. C. : Tous les juges sont susceptibles d'intégrer le raisonnement économique dans leurs décisions. La Cour de cassation ne juge pas à la

place des autres juges, elle ne fait qu'uniformiser la manière dont ils appliquent et interprètent la loi. Il est donc nécessaire que tous les magistrats soient aptes à comprendre un raisonnement économique et qu'ils y soient formés à l'École nationale de la magistrature, d'abord, puis tout au long de leur carrière, dans le cadre de la formation continue. C'est à cela que visent les conférences que nous organisons.

■ L'analyse économique s'appuie souvent sur des positions politiques ; ne risque-t-on pas de politiser les décisions de justice en incitant les juges à prendre en compte cet élément dans leurs jugements ?

G. C. : À la Cour de cassation, nous n'avons pas à craindre la politisation puisque, précisément, le fonctionnement de l'institution est fondé sur la prise de décisions collégiales. L'opinion individuelle d'un juge n'a de valeur qu'en ce qu'elle participe à un échange en délibéré. La position de chacun est confrontée à celle de la collégialité, donc à des opinions diverses, ce qui permet de réaliser des équilibres.

M.-A. F.-R. : Le pire danger pour une institution ou une activité doctrinale est de poser que certains arguments sont par avance irrecevables. On a parfois l'impression que l'argument économique relève de l'interdit, ce que rien ne justifie.

G. C. : Il est clair que le droit a d'autres fonctions, notamment une fonction éthique. Cela étant, nous évoluons dans un monde qui nous oblige à tenir compte de la rationalité économique de nos décisions. La bonne règle de droit est celle qui bénéficie à tout le monde et qui réalise la synthèse entre des considérations de diverses natures. La grande difficulté pour le juge, c'est de déterminer où se situe l'intérêt général en prenant garde de ne pas opter en faveur d'une catégorie d'intérêts au détriment

« La grande difficulté pour le juge, c'est de déterminer où se situe l'intérêt général en prenant garde de ne pas opter en faveur d'une catégorie d'intérêts au détriment d'une autre. »

d'une autre. Mais chacun sait que le métier du juge est de rechercher, dans l'application de la loi comme dans son interprétation, des équilibres acceptables par la collectivité.

Vous avez évoqué la responsabilité pour soutien abusif, y a-t-il eu d'autres sujets abordés durant les séminaires où vous avez eu le sentiment de faire évoluer les réflexions ?

M.-A. F.-R. : En abordant la responsabilité pour soutien abusif, nous avons constaté qu'en deçà du débat doctrinal, la question avait été réglée en pratique et que la réflexion devait désormais se déplacer sur d'autres sujets qui préoccupent les entreprises bancaires, par exemple la conception des obligations de conseil et de mise en garde. Par ailleurs, le thème de la soumission du secteur bancaire au droit de la concurrence est revenu d'une façon récurrente. S'ouvre alors une discussion de fond pour savoir si les banques doivent être traitées comme des entreprises ordinaires ou pas. Certains économistes estiment nécessaire une pleine application du droit de la concurrence, notamment pour protéger le consommateur face à la puissance des établissements financiers. D'autres mettent en avant le risque systémique pour soutenir l'opinion inverse. Si l'on fait interférer l'Europe, on peut encore discuter de savoir si le droit communautaire de la concurrence doit s'appliquer sans partage, ou bien si l'Europe doit construire et préserver un secteur bancaire européen, et notamment le défendre contre les très puissantes banques nord-américaines, dans un marché mondialisé des OPA. On voit que les arguments échangés sont moins disciplinaires que fondés sur des approches en termes de risque ou encore de stratégie économique. Les juristes doivent en retenir au moins que le secteur bancaire est en train de devenir mondial.

G. C. : L'exposé du Gouverneur de la Banque de France a été également marquant pour les juristes. Il a en effet décrit très clairement le système de régulation, montrant comment chaque règle prudentielle s'inscrit dans un cadre général destiné à garantir la sécurité du système.

■ Ne pensez-vous pas que le juge puisse, à certains moments, être perçu comme un étranger par le secteur bancaire, précisément parce que celui-ci est très fortement régulé ?

G. C. : Si vous admettez que chaque règle participe d'un ensemble général, le juge a tout à fait sa place. Bien sûr, il n'entre pas dans ses attributions de gérer la régulation du secteur, mais les décisions qu'il prend doivent être en harmonie avec la finalité du corps de règles concernées, précisément parce qu'une décision non pertinente peut avoir un effet très perturbateur. À l'inverse, un jugement qui s'insère harmonieusement dans le système contribue à la solidité de l'ensemble. Il n'y a pas et il ne doit pas y avoir de contradiction de principe entre le juge et le régulateur si celui-ci comprend que sa décision s'insère dans une politique économique.

■ On entend souvent dire que la common law est plus adaptée à la vie des affaires que notre droit écrit. Le juge anglais intègre-t-il davantage le raisonnement économique dans ses décisions ?

M.-A. F.-R. : Culturellement, il est possible que la common law intègre plus facilement les considérations économiques mais, techniquement, aucun élément ne permet de prétendre qu'il serait plus adapté à la vie des affaires que le droit romano-germanique. Cette présence des arguments économiques dans les travaux juridiques aux États-Unis peut tenir à d'autres causes, par exemple le fait que les étudiants y font assez souvent

des études en droit et en économie, alors qu'en France l'étudiant inclinera plutôt vers la littérature, l'histoire ou la philosophie. Cela ne suffit pas à en déduire que le système de droit civil est moins apte à intégrer des considérations économiques ou à être économiquement performant. G. C. : C'est pour beaucoup, une question d'apparence, liée aux principes de fonctionnement de l'institution judiciaire. On sait que les juges de *common law* donnent des motiva-

tions beaucoup plus détaillées que nous le faisons. En Grande-Bretagne, lorsqu'un juge statue sur l'ouverture des magasins le dimanche, il développe dans sa décision l'ensemble des arguments juridiques, économiques, sociaux, culturels et les particularités de la situation de fait qui le conduisent à la solution. Pour des raisons de principes, le juge français n'a pas la possibilité de justifier son jugement par des motifs autres que juridiques, de sorte qu'on ignore les

éléments extérieurs qui le déterminent. Ce qui ne veut pas dire qu'il n'en tient pas compte. En apparence, son raisonnement est un pur syllogisme d'application d'une règle de droit à une situation de fait. En réalité, entre droit et fait, la marge d'appréciation est très large. Entre les deux systèmes, la différence tient davantage à ces considérations de forme. ■

Propos recueillis par Olivia Dufour

BANQUE & DROIT

“LA RÉGLEMENTATION APPLICABLE AUX BANQUES DOIT INTÉGRER LEUR SPÉCIFICITÉ”

Le rapprochement du monde du droit et celui des affaires ne peut être que bénéfique pour l'ensemble de la place financière française.

Les banques ont une spécificité qui doit se retrouver dans leur cadre juridique.

■ **La Cour de cassation a organisé un cycle de conférences pour évaluer les conséquences économiques de la jurisprudence et sa réception par les professionnels : que pensez-vous de cette initiative ?**

Tout d'abord je ne peux que me féliciter du fait que la réflexion, très riche, qui se développe en France, depuis quelques années déjà, sur le thème

du droit de la régulation, mette l'accent sur le secteur bancaire, non seulement en raison de son importance économique, mais également parce qu'il s'agit d'un des domaines où la nécessité d'organiser ce qu'on appelle désormais un système de régulation a été ressentie depuis longtemps, et a donné lieu à des développements internationaux essentiels. C'est en outre, à la fois un secteur mûr, qui a une longue histoire et pratique de la régulation derrière lui, et qui connaît de très importantes mutations, à la pointe des tendances d'ouverture et d'internationalisation de l'activité économique.

En ce qui concerne la méthode, l'idée de confronter une expérience pratique et une approche plus théorique, sous la double égide institutionnelle et intellectuelle de la Cour de cassa-

tion et de la chaire régulation me paraît particulièrement adaptée. Pour l'activité bancaire et financière, il est en effet aussi nécessaire de s'adapter aux développements de la pratique d'une grande technicité économique que d'assurer un très haut niveau de sécurité juridique. Je suis certain, également, que la variété des thèmes abordés, qui ont couvert l'essentiel des grandes questions d'actualité, ainsi que la qualité des intervenants ont permis aux participants de faire le point de l'état de l'art sur tous ces sujets.

■ **Pensez-vous que de telles initiatives permettront de réduire l'écart entre les droits français et anglo-saxon, ce dernier étant souvent considéré comme plus adapté aux enjeux économiques ?**



Christophe Noyer

Gouverneur de la Banque de France

On entend parfois cette appréciation en raison de l'indéniable importance et réussite des places financières anglo-saxonnes. Il me semble toutefois qu'il faut lui apporter plus qu'une nuance, quand on la confronte aux réalités d'aujourd'hui. Je voudrais souligner combien le droit français a su montrer sa capacité d'adaptation ces dernières années dans le domaine bancaire et financier, sans oublier tout le chemin parcouru également dans des domaines connexes comme le droit des sociétés (création des EURL ou des SAS). Le législateur a ainsi, après avoir consacré une notion très large des instruments financiers, fortement sécurisé les transactions sur ce type d'instruments, y compris encore récemment par un régime très complet relatif aux garanties financières ou en élargissant et assouplissant la gamme des instruments de titrisation. Le régime des procédures collectives, qui longtemps n'a contenu aucune spécificité liée à l'activité bancaire et financière, fait désormais l'objet de nombreuses dispositions protégeant cette activité, que ce soit au titre des systèmes interbancaires ou de règlement et de livraison des instruments financiers, ou encore des mesures nationales ou européennes d'assainissement et de liquidation des établissements de crédit. Tous ces exemples montrent une exceptionnelle sensibilité du législateur français qui n'hésite pas à adapter la loi lorsque la perception des réalités économiques et financières paraît le conseiller. Il s'agit là d'un atout qu'il ne faut pas négliger. Un droit s'appuyant sur des bases législatives claires, dans la tradition du Code civil, est en effet une excellente garantie de sécurité juridique, essentielle pour la vie économique. C'est en France, dans le domaine jurisprudentiel du droit administratif, que la réflexion sur le renforcement

« Bien entendu, il ne s'agit pas du tout de soustraire les banques aux obligations de droit commun, mais de les décliner pour cette activité afin qu'elles y trouvent leur plein effet. »

de la sécurité juridique face aux revirements de jurisprudence a donné des effets concrets. Or, chacun a à l'esprit comment le droit anglo-saxon a pu remettre en cause des situations contractuelles tenues pour légitimes par le monde bancaire et financier, que ce soit pour des collectivités locales ayant contracté des dérivés de crédit, ou tout récemment par la jurisprudence au plus haut niveau [1] relative à la constitution de ces sûretés si typiques du droit d'outre-Manche que sont les *fixed charges*, sans mentionner toutes les questions que soulèvent des pratiques telles que les *class actions*. Il me paraît important que cette clarté et cette sécurité, offertes par le cadre français, soient bien perçues et appréciées de tous, à condition bien entendu – et c'est la tâche de tous ceux qui participent à l'activité de la place – de continuer à assurer son adaptation aux évolutions de la pratique.

■ Les banques sont-elles des entreprises comme les autres ? Doivent-elles faire l'objet d'un droit et de réglementations spécifiques ?

Il est incontesté au plan international que les banques ont une spécificité qui doit trouver sa traduction dans le cadre juridique qui leur est applicable. Les banques reçoivent les dépôts du public, financent les entreprises et assurent le bon fonctionnement, au profit de tous, des systèmes de paiement. C'est pourquoi il existe presque partout l'équivalent d'une loi bancaire créant un système de régulation spécifique, dont il me semble que la référence au plan international est constituée par les principes fondamentaux pour un contrôle bancaire efficace, publiés par le Comité de Bâle – qui devrait bientôt d'ailleurs les mettre à jour. Dans le cadre de ces conférences, je me suis efforcé de montrer comment ce régime spécifique comportait

nécessairement, en complément des aspects peut-être plus connus de ratios quantitatifs, des normes qualitatives de gestion qui touchent aux aspects de gouvernance, dans un souci d'efficacité de l'action préventive. Dans les autres domaines du droit, il me semble qu'il y a également toujours une spécificité qui gagne à être reconnue, même si, bien entendu, il ne s'agit pas du tout de soustraire les banques aux obligations de droit commun – ce qu'il ne faut pas oublier dans des domaines par définition délicats comme la concurrence, essentielle au bon fonctionnement d'une économie de marché –, mais de les décliner pour cette activité afin qu'elles y trouvent leur plein effet, en intégrant la dimension de prévention et de sécurité essentielle au dispositif de régulation bancaire. Ainsi, par exemple, les systèmes interbancaires de paiement, qui reposent nécessairement sur des accords entre les différents participants, font à la fois l'objet d'une protection particulière, reconnue dans toute l'Union européenne – qui permet aux règles communes de primer, y compris vis-à-vis d'une législation au caractère d'ordre public très marqué comme celle relative aux procédures collectives – tout en présentant des garanties d'accès à tous qui préservent la concurrence. L'existence d'autorités spécifiques ayant pour rôle de veiller à la qualité de la gouvernance de ces systèmes – et dans cet exemple la Banque centrale est directement concernée – est essentielle pour assurer la légitimité du dispositif de régulation, même si le rôle précis de ces autorités et leur articulation avec les autres autorités à vocation plus générale peuvent varier en fonction des différentes situations juridiques. ■

Propos recueillis par E. C.

[1] NDLR : National Westminster Bank plc v Spectrum plus limited, [2005] UKHL 41, cf. Journal of International Banking Law and Regulation, v.20, 10p.482, qui opérant un revirement de jurisprudence a montré que certaines garanties bancaires n'étaient que des *floating charges*, et non des *fixed charges*, donc étaient susceptibles d'être primées par les créanciers privilégiés.