

La convergence du droit et de l'économie sur le secteur bancaire

Marie-Anne FRISON-RÔCHE

Professeur des Universités à Sciences Po
Directeur de la *Chaire Régulation*

32. Le droit et l'économie se confrontent et se rencontrent en toutes matières, mais de différentes façons, avec une intensité variable, et des effets plus ou moins immédiats sur le contenu des règles et des décisions¹. Intuitivement, on incline à penser que le droit économique se prête particulièrement à la rencontre, non pas tant parce qu'on y retrouve les deux vocables, présomption simple, mais plutôt parce que le droit économique se définit en partie par l'adhésion à une méthode juridique consistant à prendre en considération l'économie². En cela, le droit économique prend ses distances à l'égard du droit commercial, lequel prend les contours de la définition juridique de son objet, en se référant au commerçant ou en se référant à l'acte de commerce, alors que le droit économique est davantage dessiné par sa méthode. C'est pourquoi il peut se décliner à travers un droit civil économique, un droit pénal économique, etc. Le droit bancaire emprunte à ces diverses branches du droit, ce qui convainc de le placer dans le droit économique si on lui cherche une unité.

33. Mais si le droit économique prend déjà quelque liberté avec la notion traditionnelle de « discipline » juridique, il faut encore expliciter l'objet même de cet ouvrage. En effet, celui-ci ne vise pas tant à analyser une discipline juridique à l'aune de l'économie, mais de prendre un objet qui n'est pas préalablement qualifié par une discipline juridique. L'objet n'est pas une analyse

1. V. d'une façon générale, G. CANIVET, B. DEFFAINS et M.-A. FRISON-ROCHE (dir.), *Analyse économique du droit : quelques points d'accroche*, n° spécial des *Petites Affiches*, 19 mai 2005.

2. V. par ex. G. FARJAT, « La notion de droit économique », in *Archives de philosophie du droit, Droits et Économie*, Sirey, 1992, p. 27-62 ; *Pour un droit économique*, PUF, coll. « Les voies du droit », 2004.

économique d'un corpus de règles de droit, comme on le fait quand on pratique l'analyse économique du contrat administratif, ou de la responsabilité médicale, ou des sanctions professionnelles, etc., mais de prendre directement appui sur une activité et une organisation économiques : l'activité bancaire, telle que pratiquée par les entreprises qui ont seules le droit de s'y livrer, les banques, l'ensemble de ces activités et de ces entreprises particulières constituant donc le « secteur bancaire ».

34. La notion de « secteur » est relativement peu usuelle en droit, voire en économie. Elle renvoie à une homogénéité suffisante entre une technique, une organisation et des acteurs, pour être appréhendée comme un ensemble³, qui sera gouverné comme tel⁴, alors même que le secteur n'est, par définition, qu'une portion d'un ensemble plus grand, ici l'économie générale. C'est de cette manière que l'on considère le « secteur public »⁵, représentant une unité suffisante pour être saisi comme une unité. Il arrive que plusieurs secteurs aient des zones communes. Cet intersectoriel, lorsqu'il s'agrandit, peut donner des idées de fusions des règles et des institutions. Un secteur économique peut ainsi se définir comme un sous-ensemble de l'économie globale, suffisamment constitué et suffisamment spécifique pour être analysé, voire régi⁶, par des lois qui dérogent ou ajoutent par rapport à la loi commune⁷.

35. La notion de lois renvoie ici aussi bien aux lois juridiques qu'à ce qui seraient des lois de comportements et d'organisation économique⁸, voire des lois sociologiques au sens où l'appréhendait Montesquieu lorsqu'il recherchait les causalités entre les phénomènes sociaux⁹. La qualité précitée de sous-ensemble, le secteur bancaire français comme sous-ensemble de l'économie française, peut alors être remise en question si on observe que les règles et les comportements

3. Sur l'idée que le droit bancaire vise à la fois des acteurs et une activité, v. par ex. Th. BONNEAU, *Droit bancaire*, 5^e éd., Précis Domat, Montchrestien, 2003, n° 2, p. 5 s.

4. C'est pourquoi la perspective de régulation, elle-même non strictement juridique et exprimant un nouveau mode de gouvernement économique, renvoie usuellement à la notion de secteur. Le droit de la régulation, dans son acception restrictive, est donc le droit des secteurs régulés (v. M.-A. FRISON-ROCHE, « Le droit de la régulation », *D.* 2001, chron., p. 610-616 ; Définition du droit de la régulation économique, *D.* 2004, chron., p. 126-129). Le secteur bancaire se prête lui-même à un corps de règles, de pratiques et d'institutions propres, de « régulation bancaire ».

5. E. COHEN et Cl. HENRY, *Service public, secteur public*, Conseil d'Analyse Économique, La Documentation française, 1997 ; N. CHARBIT, *Le droit de la concurrence et le secteur public*, L'Harmattan, 2002. V. aussi les travaux du Haut Conseil du Secteur Public.

6. V. par ex. Ch. DE BOISSIEU, « L'articulation entre régulation et crise dans le secteur bancaire et financier », in *Droit et Économie de la Régulation*, vol. 3, *Les risques de régulation*, Presses de Sciences Po/Daloz, 2005, p. 19-27.

7. Précisément à propos du secteur bancaire : Ph. AONZO et G. HEEM, « La régulation du secteur bancaire et financier : quel mode d'organisation ? Quel rôle pour l'État ? », *Revue française de finances publiques*, n° 83, sept. 2003, p. 135-165.

8. Parfois désignés comme « loi du marché » (v. P. CATALA, « Les lois du marché », in *Mél. J. Ghestin, Le contrat au début du XXI^e siècle*, LGDJ, 2001, p. 201-215, lequel considère que les « lois du droit et de l'économie... sont, sinon en conflit ouvert, du moins en situation de dialectique permanente », p. 201).

9. Ch. DE MONTESQUIEU, *L'esprit des lois*, par exemple dans son édition de 1990, Flammarion, coll. « Champs », 2 tomes.

semblent s'harmoniser entre tous les secteurs nationaux bancaires, pouvant aller jusqu'au projet de secteur bancaire intégré en Europe¹⁰, ce qui fait excéder le secteur bancaire de l'économie générale nationale. Pour reprendre le vocabulaire d'une vieille théorie, un climat bancaire à la fois spécifique et unifié est en train de se mettre en place, en articulation avec l'évolution menée en matière boursière¹¹. Si l'on tire le trait jusqu'au droit, cela conduit à la constitution d'un droit européen d'un secteur intégré.

36. Cette autonomie de la notion de secteur, par rapport à l'économie globale et au système juridique, permet de se saisir d'une unité, alors même que celui-ci peut être composé de multiples marchés, comme le montre le secteur des télécommunications, et donner lieu à de multiples métiers.

37. Cette prééminence de la notion de secteur en matière bancaire conduit à concevoir les règles par induction et de donner au droit bancaire les contours que l'économie du secteur produit d'elle-même¹², rendant en conséquence les frontières de règles mouvantes, notamment par le jeu du rapprochement avec le secteur financier¹³.

38. Il s'agit ici de cerner le type de convergence entre le droit et l'économie, telle qu'elle s'opère sur ce secteur, pour la part de spécificité de celui-ci et pour sa part de mécanismes ordinaires, en déterminant le type de rencontre que le secteur bancaire suscite entre le droit et l'économie. La rencontre paraît consubstantielle, notamment si l'on suit Michel Vasseur, auteur de référence, qui intitule son cours *Droit et économie bancaires*¹⁴. Une fois cela établi, il est possible d'analyser plus substantiellement le contenu même de cette convergence des deux disciplines sur ce secteur, à travers les règles, les personnes et les finalités.

10. Entrepris de longue date, v. B. SOUSI-ROUBI, *Droit européen bancaire*, Précis Dalloz, 1995.

11. AEDBF/ESBFI, *Les opérations boursières en Europe : vers un droit commun ?*, Bruylant, 2003.

12. Sur l'idée que les données économiques du secteur bancaire sont à l'origine de l'évolution du droit, v. Th. BONNEAU, préc., n° 6, p. 8.

13. Cela est particulièrement perceptible dans les mouvements de fusion entre les régulateurs bancaires et les régulateurs financiers, non menée en France mais opérée en Grande Bretagne à travers la *Financial Services Authority*. V. par ex., J.-J. DAIGRE, « Complexité institutionnelle du secteur financier en France », *Droit & Patrimoine*, 2003 ; F. PELTIER, « Loi de sécurité financière. Actualité de la régulation du secteur bancaire. Création de l'Autorité des Marchés Financiers (AMF). Le risque hégémonique de la protection de l'épargne dans la fusion COB-CMF », *Revue de droit bancaire et financier*, 2003, p. 184-186.

14. Paru dans *Les cours du droit*, et correspondant à son activité d'enseignement, trois fascicules traitaient des institutions bancaires et 4 fascicules visaient les opérations de banque, la publication s'étalant de 1985 à 1988. Le sous-titre des volumes est « Les opérations de banque », faisant donc prévaloir le critère de l'activité sur le critère de organismes qui l'exercent. La prévalence est d'ailleurs relativisée par le fait que l'activité bancaire donne lieu à un monopole au bénéfice des banques, intégration qui conduit à dissocier très difficilement les deux dimensions.

SECTION I

**LE TYPE DE CONVERGENCE ENTRE LE DROIT
ET L'ÉCONOMIE SUR LE SECTEUR BANCAIRE**

39. La question se pose tout d'abord de l'*intensité* de la convergence, car on peut concevoir l'économie et le droit comme simples éclairages d'une activité, mais l'on peut aussi observer un secteur structuré en permanence par le droit et les politiques économiques. La question se pose ensuite en termes de *normativité*, ce qui suppose de déterminer ce qui est reconnu comme « normes » et ce qui est ravalé en « faits ». En effet, lorsqu'on étudie le droit et l'économie dans le secteur bancaire, celui-ci est pris comme une donnée, mais qu'en est-il de l'économie et du droit ? Sont-ils eux-mêmes réduits à être des faits intégrés dans l'objet, ou sont-ils, l'un ou l'autre, l'un et l'autre, appréhendés dans leur normativité propre ?

A. L'INTENSITÉ DE LA CONVERGENCE ENTRE LE DROIT ET L'ÉCONOMIE
SUR LE SECTEUR BANCAIRE

40. Lorsque l'économie se mêle au droit, la pénétration des perspectives peut être plus ou plus forte et violente. Certaines craintes sont parfois exprimées d'une inféodation du droit à l'économie, c'est-à-dire d'un effacement des catégories, des raisonnements et des valeurs que le droit structure et impose aux personnes vivant en société, remplacés par les notions, méthodes et valeurs de l'économie¹⁵. Ne reprenons pas cette question générale, n'abordons que la question de l'intensité, c'est-à-dire de la plus ou moins grande pertinence de l'analyse économique du droit en raison de son objet concret, ici le secteur bancaire.

41. L'observation générale est simple : plus l'objet même est économique, et plus l'on passe d'un simple éclairage par l'analyse économique à une compréhension à l'intérieur de l'objet parce qu'il y a homologie entre l'objet et l'instrument d'analyse. Dans cette conception naturaliste, plus l'objet lui-même est structuré comme l'outil d'analyse, notamment parce que les intérêts en jeu sont matériels et parce que les personnes en cause anticipent la satisfaction de ces intérêts en considération de laquelle elles agissent, ce qui renvoie donc à la notion fonctionnaliste d'agent, et plus l'analyse économique des règles permet d'aller au cœur de l'objet. Dès lors, ne pas intégrer l'économie dans l'analyse, ce n'est pas se priver d'un angle de pertinence, c'est maltraiter l'objet même, et dès lors mal le régler, mal le juger, bref construire un droit inadéquat.

15. V. par ex., A. SUPLOT, « La justice sociale saisie par la régulation », in *Justice et droits fondamentaux, Mélanges J. Normand*, Litec, 2003, p. 427-438 ; « Le droit du travail et le marché des normes », *Droit social*, 2006.

42. Il n'y a pas de césure entre des objets qui excluaient l'analyse économique du droit et d'autres qui l'accueilleraient sans limite, mais des gradations d'intensité, lesquelles produisent des variations dans les conséquences à tirer des observations. Cette corrélation est également simple. Lorsqu'il ne s'agit que d'un éclairage, les résultats ne portent pas de normativité, c'est-à-dire que leur pertinence n'a pas assez de force pour se traduire dans les règles qui requièrent d'être adoptées.

43. Lorsque l'instrument d'analyse, ici l'analyse économique de l'objet et/ou des règles qui lui sont appliquées, reflète l'objet même, parce que celui-ci est essentiellement structuré par du droit et est de nature économique, alors les résultats de l'analyse sont en eux-mêmes normatifs, c'est-à-dire suivis comme des contraintes pour l'adoption de règles adéquates. Il faut insister sur le fait qu'il s'agit d'une hypothèse exceptionnelle, car le plus souvent l'analyse économique des règles n'a de vertu qu'heuristique et non pas normative¹⁶. Il faut donc qu'il y ait comme une intimité entre l'analyse et l'objet, pour que cela conduise à une sorte de positivisme économique, tel que le droit de la concurrence peut y donner prise.

44. L'analyse économique ne constitue qu'un éclairage lorsque l'objet concret n'est lui-même économique que par des fonctions non essentielles. Prenons l'exemple de l'organisation familiale, laquelle est certes une organisation économique mais n'est pas cela en premier lieu. Certes, cela n'est pas la réduire que de le considérer aussi comme une organisation économique, notamment pour permettre son développement et sa protection¹⁷, ou pour s'appuyer sur des mécanismes familiaux pour construire des mécanismes économiques, par exemple des techniques de prêt intégrant un phénomène de solidarité entre ses membres. Il demeure que l'économie ne guide que peu l'agencement des familles.

45. Concernant le secteur bancaire, le degré d'intimité entre l'objet et l'outil d'analyse, bien au-delà de l'éclairage. L'intensité de la pertinence de l'analyse économique des règles juridiques du secteur bancaire tient tout d'abord au fait que l'objet est incontestablement économique, la banque n'ayant une fonction sociale que secondaire par rapport à sa fonction économique¹⁸. Même lorsqu'on

16. Pour cette distinction d'une façon générale, v. A. OGUS, et M. FAURE, *L'économie du droit : le cas français*, éd. Panthéon-Assas, coll. « Droit comparé », 2002. Ainsi, Richard POSNER insiste particulièrement sur le fait qu'on ne doit pas sans grande prudence s'éloigner de l'utilisation de l'économie comme simple moyen de mieux comprendre (Values and consequences : an introduction to Economic Analysis of Law, in E. A. (dir.), *Chicago Lectures in Law and Economics*, Foundation Press, 2000, p. 189-201).

17. Trouve ainsi pertinence non seulement la macro-économie, comme le montrent les politiques fiscales en matière familiale (D. PONTON-GRILLET, *Famille et droit fiscal*, PUF, coll. « Droit, Éthique, Société », 1998), mais encore la micro-économie, comme le montre la stratégie même de la Banque Mondiale qui prend la famille comme relais le plus efficace des systèmes de financement, traversent le droit de la famille.

18. Par exemple, lorsque Bruno MOSCHETTO et Jean ROUSSILLON exposent *La banque et ses fonctions* (PUF, coll. « Que sais-je ? », 2004), la variété des fonctions évoquées les ramènent néanmoins toutes vers l'économie. Dès lors, la notion de « banque sociale », telle qu'elle apparaît dans le nouveau droit qui donne à la banque la tâche d'accroître la cohésion sociale au profit des plus démunis, telle qu'elle affleure à travers la « banque postale » (cf. avis du conseil de la concurrence du...), telle qu'elle est sommée par le législateur de

se réfère à des valeurs qui paraissent non immédiatement économiques, telle la confiance entre les partenaires, ou la loyauté envers le client, ou la solidarité entre acteurs bancaires, il s'agit toujours de les rapporter à des impératifs économiques et à des effets heureux ou malheureux à cette aune.

46. C'est donc l'inverse de la famille : celle-ci est d'abord un entrelacs de sentiments entre des personnes, qui tient à distance et la loi et l'intérêt matériel, qui a par surabondance des effets économiques heureux, par exemple pour le paiement solidaire des dettes de l'un par les autres, alors que le secteur bancaire ne tient que si des comportements sont effectifs, par exemple la résolution des conflits d'intérêts au bénéfice du plus faible ou la probabilité la plus forte possible de paiement des dettes. Pour obtenir ces nécessaires comportements sans lesquels le secteur perd toute solidité, c'est-à-dire se perd lui-même, il faut que s'établissent les moyens que sont alors les vertus de confiance ou de souci d'autrui, exprimés notamment par une déontologie autorégulatrice¹⁹. Ainsi, ce qui ne relève pas en soi de l'économie s'avère pourtant une voie de déploiement de celle-ci²⁰.

47. L'analyse économique est encore plus proche du secteur bancaire pour une seconde raison, qui tient au fait que paradoxalement l'objet n'existe pas au naturel. En effet, l'analyse prend une importance d'autant plus grande que l'objet sur lequel elle porte ne relève pas du donné. Alors qu'on peut soutenir que la famille, notamment par l'engendrement, ou encore le contrat, par l'alliance, la notion de lien, la notion d'engagement, existent dans un état antérieur, « pré-juridique » et « pré-économique », on ne peut soutenir un tel naturalisme pour le secteur bancaire. Il est en effet difficile de soutenir qu'il existe une « réalité

concrétiser un « droit aux services bancaires), peut un renversement de paradigme. Dans un tel cas, les banques devant, en échange implicite des rentes et des profits de leur activité monopolistique, contribuer à la qualité du lien social, la théorisation et la régulation de leur activité va s'apparenter davantage à celles des politiques publiques, alors même que les banques elles-mêmes ne sont plus publiques. On a ici un net exemple du passage de l'État opérateur à l'État régulateur (sur cette idée même d'État régulateur, v. G. MAJONE, *La communauté européenne : un État régulateur*, Montchrestien, coll. « Clef », 1996 ; A. LA SPINA et G. MAJONE, *Lo Stato regolatore*, Il Mulino, 2000 ; J. CHEVALIER, « L'État régulateur », *Revue française d'administration publique*, 2004, p. 205-230). *Contra* : J.-L. BUTSCH, « La banque n'est pas un service public », *Banque*, nov. 1990, p. 1016-1021. Sur la question des fonctions imposées aux banques au-delà de leur propre prospérité et du fonctionnement de l'économie, v. *infra*, n° 89.

19. Sur cette idée d'utilité de la morale en matière financière, vue du point de vue du droit, v. par ex. L. AYNES, « L'obligation de loyauté », in *Archives de philosophie du droit, L'obligation*, t. 44, Sirey, 2000, p. 195-204. D'une façon plus générale, v. E. LULIN, « *Voluntary regulation* : la règle privée face à la loi », *Sociétal*, 2^e trim., 2002. V. aussi *infra*, n° 82.

20. Que l'on considère que de cette façon le système économique dévore tout sur son passage, ou que l'on considère qu'il y a une opportunité pour que la force de développement économique permette l'émergence des droits. La première conception peut être trouvée chez Luc Boltansky (L. BOLTANSKY et E. CHIAPPELLO, *Le nouvel esprit du capitalisme*, Gallimard, 1989). On peut renvoyer pour la seconde aux travaux d'Amartya Sen, qui conditionne le développement économique aux développements des droits des personnes, rejoignant par ailleurs l'idée que l'on trouve à la base de la théorie d'Adam Smith, à savoir que l'économie elle-même a une fin globalement morale (v. par ex., *L'économie est une science morale*, La Découverte, 2003 ; *Éthique et Économie*, PUF, coll. « Quadrige », 2001).

économique » à laquelle le droit donnerait forme²¹, car l'économie ici en cause est tout. Celui-ci n'existe que parce que le droit et l'économie l'ont permis, l'ont construit, l'ont conçu. Le spontanéisme a encore moins cours pour la structure bancaire que pour le marché des biens et services.

48. C'est l'artificialité de l'objet bancaire qui le met à ce point en résonance de l'analyse qui porte sur lui. En effet, le droit lui-même est une construction, un « artefact »²², et c'est lui qui en grande partie construira, puis soutiendra le secteur bancaire. Les règles qui y sont émises sont principalement des règles de prudence, d'une part de prudence patrimoniale à travers les règles prudentielles dont le droit européen s'est doté lorsque l'idée d'un marché bancaire européen s'est fait jour, d'autre part de prudence comportementale dans la direction et le contrôle des banques²³. En effet, même lorsqu'on envisage le marché des biens et des services, dont la nature économique est acquise, même si l'on estime que le marché est institué et non pas spontanément établi, l'on peut considérer que le droit général est le pré-requis du marché mais que celui-ci, une fois porté sur de tels fonds baptismaux, peut se développer seul. Le droit de la concurrence, d'apparition tardive, demeure dans le rôle modeste du gardien, sanctionnant les comportements anticoncurrentiels et restaurant le marché un temps abîmé, mais ne prétendant pas construire²⁴.

49. À l'inverse, le secteur bancaire, à l'instar des autres secteurs régulés, est artificiel en ce qu'il est constamment construit, maintenu dans la durée sur des équilibres difficiles²⁵, principalement l'impératif de fluidité et d'imagination en balance avec l'impératif de solidité et de sécurité, l'industrie bancaire tournant autour d'un cœur constitué par la tension entre le risque et la confiance, convergence réussie autour de l'idée de profit.

50. Rien ne se fait sans règle, rien ne s'opère sans droit dans le secteur bancaire. Toutes les issues en sont gardées, notamment parce que contrairement au droit du marché ordinaire qui ne régit que les comportements ou les choses échangées, le droit intervient de deux façons supplémentaires dans le secteur bancaire. Tout d'abord, c'est l'exercice d'un pouvoir juridique par des autorités de l'État qui ouvre les portes du secteur par l'agrément, puis qui régit de

21. V. cependant, dans le sens d'une telle réalité, M. MATHIEU, « La règle juridique peut-elle coustrindre la réalité économique ? » *Banque et droit*, Juil.-Août 1993, p. 8 s.

22. Non seulement parce que le droit est construction, règles posées, décisions prises, mais encore parce que sa substance est influencée par les analyses qui portent sur elle parce que le droit est un artefact (v. par ex., Ch. ATIAS, *Épistémologie juridique*, Précis Dalloz, 2002).

23. Dont la règle des « 4 yeux » est exemplaire, v. *infra*.

24. *Contra* L. BOY, « Le droit de la concurrence : régulation et/ou contrôle des restrictions à la concurrence », *JCP*, 2004, I, 41, p. 1733-1739.

25. Ce qui justifie qu'il soit soumis à une régulation, laquelle peut précisément se définir comme la mise en place et le maintien d'un secteur autour d'un équilibre entre des principes contradictoires, équilibre que le secteur ne peut par ses propres forces ni établir ni maintenir, v. M.-A. FRISON-ROCHE, *Définition du droit de la régulation économique*, D. 2004, chron., p. 126-129.

l'intérieur ces intermédiaires²⁶. L'économie financière et de crédit est intermédiée, le droit se fauflant dans chaque pli du système.

51. Ensuite, les produits financiers eux-mêmes, à commencer par la monnaie²⁷, les crédits et les valeurs mobilières, sont des inventions plus ou moins régaliennes²⁸ mais incontestablement juridiques²⁹. Les banques en sont à la fois les émetteurs et les relais. Pour les uns comme pour les autres, ce sont deux normativités, politique et juridique, qui sont à l'œuvre d'une façon quasiment pure. Dès lors, pour emprunter une qualification à un autre savoir, le secteur bancaire relève d'une « création continuée », sans doute maintenue et réellement enrichie par le droit et l'économie. Il est le fils de leurs pouvoirs conjugués.

52. C'est pourquoi les analyses économiques des règles aboutissent à des observations en elles-mêmes normatives car dans un système fondamentalement artificiel, il y a une telle unité entre, en premier lieu, le droit comme artefact³⁰, en deuxième lieu, l'observations des effets, et, en troisième lieu, la détermination des buts, que le droit est consubstantiellement un moyen de gouvernement politique du secteur, l'observation des effets du droit sur celui-ci conduisant à la consolidation ou à la réformation des règles et des décisions.

53. Plus encore, si le système autopoïétique fonctionne, ce qui suppose que le secteur a la capacité de s'ajuster en produisant de nouvelles règles spontanément forgées en fonction des informations que le secteur lui-même façonne et reconnaît³¹, notamment grâce à une profession suffisamment unifiée, homogène et fermée pour que « l'auto-observation » fonctionne³², alors l'observation, c'est-à-dire l'information sur une règle, vaut elle-même règle. Ce modèle autopoïétique s'applique particulièrement bien au secteur économique parce que celui fusionne quasiment avec ses professionnels : « banque et banquiers », qui dit l'un dit l'autre, l'histoire de l'un est l'histoire de l'autre³³.

26. V. par ex. « Sécurité et régulation financières », *Revue d'économie financière*, 2001.

27. R. LIBCHABER, *Recherche sur la monnaie en droit privé*, LGDJ, 1998.

28. Dans le sens d'un rattachement de la monnaie au régalien, v. M. AGLIETTA et A. ORLÉAN (dir.), *La monnaie souveraine*, Odile Jacob, 1998.

29. Même si le juridique, comme dans toute chose, ne rend pas compte de la totalité de l'objet : J. CARBONNIER, « L'image des monnaies », in *Mélanges H. Cabrillac, Études de droit commercial*, Librairies Techniques, 1968, p. 47-57. Même si le droit n'est pas nécessairement le point de départ du phénomène : cf. F. TERRE, « L'argent ? », Remarques de sociologie et d'anthropologie juridiques, in « L'Année Sociologique », *Sociologie du droit économique*, vol. 49, 1999, n° 2, p. 291-303. D'une façon plus générale, v. Archives de philosophie du droit, *L'argent et le droit*, t. 42, Sirey, 1998.

30. Notamment parce que le déconpage en droit spécial est lui-même artificiel. Sur « l'artificialité des droits spéciaux », v. J.-P. CHAZAL, « Réflexions épistémologiques sur le droit commun et les droits spéciaux », in *Mélanges J. Calais-Auloy, Études de droit de la consommation*, Dalloz, 2004, p. 279-309, spéc. p. 288 s.

31. Sur la notion d'autopoïèse, v. G. TEUBNER, *Droit et réflexivité : l'auto-référence en droit et dans l'organisation*, LGDJ, 1998.

32. En effet, le fait que les agents du système soient informés par leur action respective dans le système de ce qui affecte celui-ci, l'auto-observation donc, facilite grandement la capacité à engendrer à l'intérieur du système les solutions nouvelles requises.

33. V. par ex., A. COLLING, *Banque et banquiers : de Babylone à Wall Street*, Plon, 1962 ; H. BONIN, *La banque et les banquiers en France : du Moyen Âge à nos jours*, Larousse, 1992.

54. Cela rapproche, voire fusionne, activité cognitive et activité normative. Cette association se développe d'autant plus que les contours de la puissance régaliennne sont trop étroits pour régir un secteur³⁴, soit parce que celui-ci dépasse les frontières, soit que celui-ci se rallie à des règles, pratiques et structures qui ne sont plus conçues à l'échelle nationale. Ce second point est acquis pour le secteur bancaire, le premier point est souhaité pour lui par certains. Toujours est-il que ce secteur désormais plus grand que les pays et leurs droits, explique que l'analyse économique des règles de droit y a une intensité extrême, par une sorte de fusion entre l'objet analysé et l'outil d'analyse.

B. LA NATURE DE LA CONVERGENCE ENTRE LE DROIT ET L'ÉCONOMIE SUR LE SECTEUR BANCAIRE

55. Une tout autre question est celle de la nature de la convergence entre le droit et l'économie sur leur objet. La discussion ne porte alors plus sur l'intensité de la pertinence de l'analyse, mais sur la normativité respective du droit et de l'économie lorsqu'on les prend en considération l'un et l'autre à travers le secteur bancaire. En effet, la construction du secteur se fait par convergence, par une dialectique de droit et d'économie, chacun concernant sa normativité, leurs deux normativités se nouant avec plus ou moins de facilité.

56. À ce titre, l'étude du secteur bancaire dépasse la simple analyse économique du droit. En effet, celle-ci consiste à prendre des règles et décisions juridiques et à les apprécier, éventuellement les juger ou les modifier, en considération de normes économiques de référence, des modes de classement issus de la science économique (notamment à travers le prisme de la rationalité), voire en considération des fins économiques poursuivies (suivant que l'on a une conception plus ou moins politique de l'analyse économique du droit)³⁵. C'est donc l'économie qui prend le droit comme objet, le droit étant pris comme un fait et l'économie comme la norme, c'est-à-dire comme le cadre de pensée, l'abstraction grâce à laquelle l'analyse sera menée. Paradoxalement, plus l'organisation économique sera présentée comme une simple « réalité », que le droit doit suivre³⁶, et plus la normativité s'exerce, sous le masque impressionnant d'un droit naturel.

57. Dans une telle perspective, l'unité de l'objet étudié n'est fournie par le droit qu'en tant qu'il est appréhendé comme un ensemble de faits simplement réunis à travers la qualification juridique. Il en est ainsi lorsqu'on mène l'analyse économique du contrat, ou d'une branche du droit, notamment par l'analyse économique de la responsabilité, mais il s'agit d'un droit dépouillé, le temps de l'analyse, de sa normativité propre.

34. G. TEUBNER, *Global Law without a State*, 1997, Brookfield, Dartmouth.

35. Sur l'ensemble de ces questions, v. G. CANIVET, M.-A. FRISON-ROCHE et M. KLEIN (dir.), *Mesurer l'efficacité économique du droit*, LGDJ, coll. « Droit et Économie », 2005.

36. M. MATHIEU, « La règle juridique peut-elle contraindre la réalité économique ? », préc.

58. Les juristes protestent souvent contre une telle méthodologie et il faut reconnaître que celle-ci n'est pas égale, en ce que le droit est dépouillé de sa normativité, puisqu'il deviendrait illégitime d'opposer celle-ci à l'économie, alors qu'à l'inverse l'économie serait en position de ne voir le droit qu'à travers les catégories de la théorie économique, par exemple le marché, l'efficacité, l'agent rationnel. À ce compte-là, il n'y a pas même de points de contact, puisque la normativité ne serait que d'un seul côté. Ainsi, Christophe Jamin a pu affirmer que de la théorie économique des contrats, il n'avait « rien à en dire »³⁷, sans faute d'identité de niveau, le donné ne pouvant guère discuter avec le normatif.

59. Mais précisément le secteur bancaire est un objet qui évite cette aporie méthodologique, puisqu'il ne s'agit pas de mener l'analyse économique du « droit bancaire » mais d'entreprendre de front l'analyse économique et l'analyse juridique d'un secteur, non pas pour faire prévaloir l'une sur l'autre mais pour montrer que les deux normativités s'adossent l'une à l'autre, parfois se jouent l'une de l'autre, l'enjeu pratique étant d'améliorer la cohérence entre les deux normativités qui n'ont pas les moyens de s'ignorer l'une l'autre, notamment dans l'équilibre entre liberté des acteurs et solidité du système.

60. Il y a égalité de normativité, dès lors que l'un n'est pas le donné ou la norme de l'autre. Le secteur bancaire s'y prête particulièrement bien parce que le souci de l'efficacité économique y est premier dans le même temps que l'activité bancaire se plie forcément à la forme imposée par le droit, lequel dispose d'une normativité forte, dont l'existence de régulateurs spécifiques richement dotés de pouvoirs juridiquement contraignants est la trace la plus aisément perceptible. Comme il a été souligné³⁸, le droit n'y est pas seulement l'encadrement préalable, comme il l'est pour les marchés ordinaires, par la mise à disposition antérieure d'un droit des contrats, des propriétés et des défaillances, mais il est le matériau même de construction du secteur, qui en outre ne tient ses équilibres que par les règles et les institutions, ce qui renvoie à l'hypothèse de régulation, au sens strict.

61. En cela, l'analyse du droit et de l'économie du secteur bancaire ressemble à celle menée en matière de consommation, notamment parce que la consommation ne constitue pas une discipline juridique à part, selon l'opinion autorisée de Jean Calais-Auloy pour lequel le droit de la consommation n'est pas une branche spéciale du droit mais une façon particulière d'appréhender la manière dont le droit général se colore au contact d'une relation économique de consommation³⁹, relation de masse et relation dans laquelle la liberté de contracter et l'information ne jouent pas comme à l'ordinaire. N'est-on pas dans une situation

37. Que répondre à Éric BROUSSEAU ? (« Je n'ai presque rien à dire à un économiste », in G. CANIVET, B. DEFFAINS et M.-A. FRISON-ROCHE (dir.), *Analyse économique du droit : quelques points d'accroche*, préc., p. 54-59).

38. V. *supra* n° 45.

39. J. CALAIS-AULOY et F. STEINMETZ, *Droit de la consommation*, 5^e éd., Précis Dalloz, 2003, n° 18, évoquant la « pluridisciplinarité du droit de la consommation ».

analogue dans les contrats bancaires, avec le paradoxe que le droit bancaire prétend éloigner le droit de la consommation ?

62. À travers cette interrogation particulière, la porosité ou non des comportements bancaires au souci de protection du consommateur, c'est une difficulté plus générale qui apparaît : celle de mesurer et de mettre à l'épreuve l'étanchéité ou la porosité du secteur bancaire par rapport aux autres règles que celles qui lui sont expressément rattachées à travers le « droit bancaire ». Cette étanchéité ou cette porosité, par exemple au traitement des difficultés des entreprises ou au contrôle des concentrations, c'est à la fois les considérations économiques et l'emprise des branches du droit entre elles, qui en décident. C'est alors passer à la perspective substantielle de la convergence du droit et de l'économie en matière bancaire.

SECTION II

LE CONTENU DE LA CONVERGENCE ENTRE DROIT ET ÉCONOMIE DANS LE SECTEUR BANCAIRE

63. Le secteur bancaire est soumis entre autres au « droit bancaire » et a donné lieu à une sous-discipline de la théorie économique, l'« économie bancaire ». Mais parce qu'il est un objet plus qu'une discipline⁴⁰, l'essentiel est sans doute dans cet « entre autres ». En effet, le secteur bancaire est-il replié sur les règles qui lui sont propres, c'est-à-dire sur le droit bancaire, ce vers quoi on peut penser que les professionnels inclinent en ce que cela permet le plus forte proximité avec l'autorégulation, ou bien d'autres règles non spécifiques s'imposent-elles en outre, ou bien interfèrent, voire excluent ? Cette question doit être abordée non seulement à propos des règles, mais encore des personnes qui agissent dans ce secteur et des buts que le fonctionnement du secteur a vocation à satisfaire, de gré ou de force.

A. LA CONVERGENCE ENTRE DROIT ET ÉCONOMIE DANS LES RÈGLES DU SECTEUR BANCAIRE

64. Le droit découpe la réalité dans des branches qui correspondent soit à des cohérences de règles entre elles (droit de la responsabilité, droit des sociétés) soit à des objets unifiés (droit de la famille, droit de l'entreprise). Plus le droit est « réaliste », puis le découpage opéré par le système juridique relève du second type. Dès lors, le secteur bancaire appelle des règles dont la cohérence interne est

40. V. *supra*, n° 75.

donnée par l'objet même. Dans cette perspective, c'est la façon dont l'économie bancaire se développe qui doit donner le contour pertinent des règles.

1) *Distinction et articulation entre « droit spécial »
et « droit particulier »*

65. La distinction méthodologique est essentielle : en tant que le droit bancaire constitue un droit spécial, il appelle des règles précises qui lui sont propres et qui le soustraient à la règle générale, selon l'articulation ordinaire entre le droit général et le droit spécial⁴¹, mais en tant que le secteur bancaire a des caractéristiques, même comme objet ordinaire sur lequel s'applique le droit général (des contrats, de la responsabilité, de la concurrence, etc.), ces particularismes appellent une façon particulière d'appliquer les règles générales.

66. Les propos qui suivent prennent appui sur cette distinction entre un « droit spécial » (ce qu'est le droit bancaire) et ce qu'est un « droit particulier », c'est-à-dire une façon particulière d'appliquer le droit commun (ce qu'appellent les rapports de consommation⁴², ce que justifie aussi le secteur bancaire). Le secteur bancaire ne peut prétendre n'être régi que par un droit spécial. À preuve, le droit bancaire spécial est un élément parmi d'autres du Code monétaire et financier, tandis que de très nombreuses dispositions les concernant sont disséminées dans le Code de commerce ou dans des textes communautaires. La prétention ne peut alors qu'être celle d'un droit particulier.

67. Droit spécial et droit particulier, chacune des deux notions est problématique. Si l'on prend tout d'abord celle qui semble s'imposer le plus aisément, à savoir le droit bancaire comme droit spécial, l'architecture n'est pas si simple. Ainsi, si l'on peut prendre les règles particulières qui régissent la direction des banques, à travers notamment le fonctionnement de leurs organes sociétaires⁴³, cela entre à la fois dans le droit bancaire et dans le droit spécial des sociétés⁴⁴. Les branches du droit, à l'instar du droit commun des contrats et du droit des contrats spéciaux, se structurent elles-mêmes en sous-branches spéciales, par exemple le droit des sociétés à activité bancaire, ont une très large frontière commune avec le droit spécial bancaire. Le droit bancaire, ainsi lui-même sectorisé en droit des sociétés bancaires, en droit du contrat bancaire, en droit du crédit bancaire, etc., devient plus exposé au droit commun, car ces multiples petits droits spéciaux subissent plus fortement l'influence du droit commun

41. V. d'une façon générale, B. SAINTOURENS, *Essai sur la méthode législative : droit commun et droit spécial*, thèse Bordeaux I, 1986 ; J.-P. CHAZAL, « Réflexions épistémologiques sur le droit commun et les droits spéciaux », préc.

42. Le droit de la consommation correspondant donc à un droit particulier beaucoup plus qu'à un droit spécial, v. *supra*, n° 61.

43. V. *infra*, n° 73.

44. V. par ex., A. CONSTANTIN, *Droit des sociétés : droit commun et droit spécial des sociétés*, 2^e éd., Dalloz, coll. « Memento », 2005.

auxquels ils sont rattachés, qui du droit des sociétés, qui du droit des contrats et du crédit, etc., de sorte que la segmentation des branches du droit aboutit au résultat à première vue paradoxal d'un renouveau de la puissance du droit commun.

68. Si l'on prend la notion ici proposée de « droit particulier », il s'agit de mesurer comment l'application du droit commun est non pas tant écartée que colorée par l'objet auquel il s'applique. Le droit commun pénètre dans les décisions prises à propos du secteur bancaire, comme il le fait en matière financière⁴⁵ et en matière d'assurances⁴⁶. La discussion est alors très vive de savoir *dans quelle mesure les décisions prises sur la base d'un droit commun doivent être infléchies par la considération d'un secteur particulier de l'économie, tel que la théorie économique de son côté en a rendu compte ?* Voilà le cœur de toutes les discussions.

69. Il est assez facile de mesurer l'avance ou le recul du droit particulièrement appliquée au secteur bancaire lorsque cela prend la forme d'un texte, par exemple le recul du particularisme en matière de contrôle des concentrations⁴⁷ ou l'avancée à propos du traitement de difficulté financières des banques⁴⁸. L'appréhension est plus difficile lorsque le phénomène prend la forme de décision particulières, en raison de la multiplicité de celles-ci et aussi parce que l'essentiel peut y être implicite.

70. Cependant, on peut penser que tout à la fois le droit spécial va reculer et le droit particulier va s'accroître. En effet, le droit spécial a pour effet mécanique d'exclure le droit commun en tant que celui-ci est le droit général, à compétence résiduelle. Or, le droit commun est en train de prendre une nouvelle définition, comme le réceptacle, presque le trésor, de principes communs à tout et à tous, au-delà même des zones juridiquement intégrées, comme le sont les droits nationaux ou le droit eutopéen. Mireille Delmas-Marty promeut le droit commun dans ce sens-là⁴⁹, donnant un tour plus politique à ce qui est depuis déjà longtemps une assimilation du droit commun avec les principes généraux. Le droit commun devient le droit des principes directeurs, en cela, il ne peut plus être mécaniquement écarté par le droit spécial, il ne peut plus être résiduel. Dès lors, le secteur bancaire sera de plus en plus soumis à ce droit commun, par exemple celui des droits fondamentaux ou celui de l'organisation des marchés. D'un autre côté, on peut penser, et cela n'est en rien contradictoire, que les spécificités du secteur bancaire, telles que théorisées par les économistes, vont de plus en plus colorer cette application du droit commun, parce que celui-ci n'est intransigeant que concernant ses principes directeurs. Les développements qui suivent

45. F. PELTIER, *Marchés financiers et droit commun*, Banque Éditeur, 1997.

46. A. PIMBERT, *Le contrôle judiciaire du contrat d'assurances terrestres : essai sur les rapports entre le droit commun des contrats et la législation spéciale de l'assurance*, éd. Thèse à la carte, 2004.

47. V. *infra* n° 79.

48. V. *infra* n° 75.

49. *Pour un droit commun*, Le Seuil, 1989.

montrent plus concrètement la différence entre un droit spécifique et un droit soucieux de la particularité d'un objet.

2) *L'intégration de l'économie particulière du secteur bancaire dans l'application qui lui est fait du droit commun*

71. À titre de la considération de l'économie particulière du secteur bancaire dans l'application faite du droit commun, on peut prendre deux exemples : le droit des contrat et le droit des sociétés. Concernant le premier corps de règles, il existe certes des « contrats bancaires », par exemple des contrats par lesquels un compte courant est organisé, mais il s'agit plutôt d'une exception, les autres contrats, par exemple les contrats par lesquels les banques accordent des crédits, étant de simples espèces de contrats généralement organisés par le droit, ici le contrat de prêt. La présentation qui est faite, y compris par des juristes, des mécanismes contractuels à l'œuvre, décompose ce qui est désigné comme des « opérations » bancaires⁵⁰, opérations bancaires soit plus petites que le contrat, soit plus vastes que celui-ci. Dès lors, si l'on devait affirmer que le contrat par lequel un client devient débiteur d'un capital à restituer peut devenir spécifique en ce qu'il est pratiqué par des banques, il s'agira plutôt de prendre en considération deux particularités. Tout d'abord, les banques encourent un risque d'absence de remboursement, comme tout prêteur, mais ce risque est supporté par tous les autres clients. En cela, l'activité bancaire s'apparente à l'activité d'assurance, et l'absence de remboursement peut prendre la forme d'un « sinistre », qui sera répercuté dans les coûts supportés par les autres. Cette dimension met le temps au cœur des contrats pratiqués par les banques, dimension plus présente dans la théorie économique des contrats relationnels⁵¹, que dans la théorie juridique des contrats⁵². Ensuite, l'absence de remboursement, soit que l'accident se multiplie, soit qu'il s'agisse d'un contrat portant sur des sommes très importantes, peut créer un risque pour la banque, et donc pour le secteur. Mais c'est déjà quitter le droit des contrats pour aller vers des mécanismes de refinancement ou de prévention et traitement des difficultés.

72. De la même façon, les banques sont des personnes morales à première vue comme les autres puisqu'elles prennent la forme de sociétés, parfois sociétés de personnes, souvent de capitaux, de plus en plus souvent cotées, de plus en plus construites sur des ingénieries de groupe dans lequel chaque tenracle prend une forme juridique différente des autres pour que tous les avantages se cumulent, ces formes traduisant aussi une diversification de métiers et d'activités multi-sectionnelles, stratégie à laquelle le droit communautaire réagit en visant expressément les conglomérats. Sans doute plus que toutes les autres industries, les banques se

50. V. not. l'ouvrage de Stéphane PIEDELIEVRE, *Droit bancaire*, PUF, coll. « Thémis. Droit privé », 2003.

51. H. MUIR-WATT, « Du contrat relationnel », in *Travaux de l'Association Henri Capitant, journées nationales*, t. IV, *La relativité du contrat*, LGDJ, 2000, p. 169-179 ; H. BOUTHINON-DUMAS, « Les contrats relationnels et la théorie de l'imprévision », *Revue Internationale de Droit Économique*, 2001/3, p. 339-373.

52. « Le temps et le contrat », *Revue de droit des contrats*.

développent dans des stratégies de groupe, alors même que le droit français des sociétés accueille peu cette réalité.

73. Plus généralement, il convient de mesurer si la forme sociétaire affecte ou fait barrière à l'application des règles du secteur, et si à l'inverse les exigences de la régulation bancaire ne déforment pas le droit des sociétés dans les catégories duquel les banques se glissent. On voit ici l'enjeu de la forme mutualiste de certaines banques, cette forme juridique ayant pour objet de cristalliser un système, certains pourraient dire une philosophie, à la fois de propriété et de gouvernement. On peut encore songer aux règles régissant les fonds propres, ce que le droit ordinaire des sociétés vise à travers le capital social et le droit de gage général des créanciers mais ce que le droit de la régulation prolonge ou commute en règles prudentielles et en protection du crédit. Plus encore, la direction des banques, le gouvernement et son contrôle, semble davantage sous le signe de la division que pour les sociétés ordinaires. En effet, non seulement la direction est divisée, par la règle des 4 yeux, mais encore le contrôle est divisé entre les actionnaires et le régulateur.

74. Si la banque est cotée, ce qui produit déjà une division entre contrôle actionnarial et contrôle de l'autorité de marché, on arrive à une division à trois termes, les actionnaires, les autorités bancaires et les autorités financières. Ces dernières interviennent elles-mêmes à plusieurs titres, soit en tant que les banques offrent leurs actions aux investisseurs, soit qu'elles conçoivent les produits financiers qui circuleront sur les marchés, soit qu'à travers des filiales entreprise d'investissement, elles participent elles-mêmes à cette circulation. Que l'on évoque l'hydre, si l'on cherche une image déplaisante, ou que l'on évoque le kaléidoscope pour produire un effet plus chatoyant, cela revient à soumettre les banques à propos d'une même question, par exemple les informations qui doivent être divulguées, à de multiples dispositions dont les *ratio legis* sont étrangères les uns aux autres et de fait susceptibles d'être contradictoires dans leurs dispositions, comme si les règles pulvérisées venaient se recoller toutes ensemble sur ces entreprises particulières.

3) *La spécificité des règles du secteur bancaire et l'équilibre entre étanchéité et porosité*

75. Pourtant, il existe bien des propriétés propres au secteur, qui feront naître des règles, ou des autorités, qui n'existent pas par ailleurs. La question d'un droit spécial se pose alors avec plus de force car cela conduit à exclure l'ordinaire ou de justifier ce qui est usuellement incompréhensible. Dans cette perspective, la recapitalisation des banques en difficulté ou la question plus ample de l'autonomie du droit de la faillite des banques par rapport aux procédures collectives, posent nettement la question d'un droit dépecé des autres branches⁵³ pour donner lieu à une application purement bancaire.

53. Sur ce processus, v. *supra*, n° 64.

76. L'enjeu est de dégager des critères pour rattacher des situations ou des règles à ce qui serait spécifique aux banques. Ce critère tient dans le fait que sur les banques repose le crédit, dont le capitalisme se nourrit et à travers lui le marché des biens et services, l'entrelacs des crédits formant un système. Dès lors que la solidité de ce système est en jeu, solidité dont dépend la confiance, laquelle est la condition d'un système de crédit sur lequel notre économie de marché, construite sur la parole, fonctionne⁵⁴, le secteur bancaire appelle dérogations et règles propres. Ainsi la banque, activité particulière, est pensée à travers le risque systémique qui imprègne le secteur⁵⁵. Il en résulte notamment un mélange permanent de règles de droit privé et de règles de droit public, indépendamment de la propriété du capital des banques. La prévention du risque systémique justifie non seulement l'adoption de règles propres mais peut encore fonder des critiques particulières pour rejeter des règles.

77. Mais il n'est pas si aisé de mesurer le degré de spécificité des règles appliquées au secteur bancaire, de sorte qu'on pourrait en tirer comme conséquence l'imperméabilité du secteur aux règles ordinaires, consistant à écarter les règles juridiques qui sont étrangères à l'économie bancaire et d'appeler celles qui lui sont adéquates car elles correspondent à un élément intrinsèque de l'économie bancaire. L'un des plus forts sujets de discussion concerne les règles de concurrence. Sont-elles étrangères au secteur bancaire ? Les banques elles-mêmes soulignent l'existence d'une forte concurrence entre elles, concurrence qui produirait des pressions réciproques jouant finalement au bénéfice des consommateurs.

78. Il n'empêche que lorsque le Conseil de la concurrence sanctionna, dans une décision validée depuis et par la Cour d'appel et par la Chambre commerciale de la Cour de cassation, certaines banques pour ententes à propos de la renégociation des prêts immobiliers, le Gouverneur de la Banque de France exprima publiquement son inquiétude face à ce qu'il analysait comme une incompréhension de l'économie du secteur, de ses modes propres de régulation, soulignant alors les risques que cela faisait courir à la solidité du secteur.

79. Pourtant, lorsqu'à l'inverse le CECEI intégra la dimension concurrentielle dans sa décision appréciant la prise de contrôle du Crédit Lyonnais par le Crédit Agricole, le Conseil d'État, dans son arrêt du 16 mai 2003, refusa cette extension de pouvoir opéré sur le seul fondement de la nécessité. La leçon finale fût cependant la même, puisque la législation inséra un pouvoir du ministre pour

54. A. PEYREFITTE, *La société de confiance*, Odile Jacob, 1995.

55. V. par ex. Ch. DE BOISSIEU, « Fragilité et défaillances bancaires », in *Mél. A. Sayag, Droit et vie des affaires*, CREDA/Litec, 1997, p. 169-176 ; « L'articulation entre régulation et crise dans le secteur bancaire et financier », in *Droit et Économie de la Régulation*, vol. 3, *Les risques de régulation*, Les Presses de Sciences Po/Dalloz, 2005, p. 19-27.

apprécier la dimension concurrentielle, refusant donc l'étanchéité de la banque au contrôle concurrentiel des concentrations⁵⁶.

80. On constate donc que cette porosité ou cette imperméabilité du secteur bancaire ne relève pas d'un donné mais d'un mouvement dont le politique n'est pas absent et qui sont l'objet de nombreuses stratégies. En effet, par nature le secteur bancaire est organisé, voire tenu par ses professionnels. Le discours de la spécificité est parfois celui de la capture, permettant d'échapper à des règles ou à des autorités. Ainsi, lorsque le droit bancaire repousse le droit de la consommation, essentiellement pour des arguments de texte, puisqu'au sens littéral la banque ne « vend » pas de « choses » qui sont « consommées », l'impression est donnée qu'il s'agit plutôt pour les banquiers de repousser les protections ordinaires des consommateurs. La distribution des rôles n'est d'ailleurs pas aisée puisque lorsque les banques arrivent à un accord avec les associations de consommateur en matière de tarification, le Conseil de la concurrence y met le holà⁵⁷.

B. LA CONVERGENCE ENTRE DROIT ET ÉCONOMIE DANS LES PERSONNES ET DANS LES FINS

81. Le secteur bancaire se confond quasiment avec ses professionnels, des professionnels institués par le droit et façonnés aussi par l'économie. Ainsi, la nouvelle directive sur les conglomérats financiers court après une structuration économique qui a devancé les règles de droit. Le rôle des banques dans le secteur bancaire est lui-même ambigu, entre le statut d'assujetti et celui de maître. En effet, si l'on considère que le secteur bancaire est spécifique et qu'il est très difficile de le connaître et de le comprendre de l'extérieur (la connaissance et la compréhension étant deux exigences successives), alors il doit être gouverné de l'intérieur et par l'intérieur.

1) *Les personnages du droit et de l'économie bancaire*

82. Le monde bancaire est celui qui a donné le plus prise à des théories et à des revendications d'autorégulation. Celle-ci prend des formes juridiques, par exemple le contrat et la responsabilité, ou bien se présente comme ce qui dispense du droit, à travers la seule théorie des jeux, des intérêts communs bien compris ou de l'éthique. La profession bancaire est fameuse pour sa production de textes professionnels contraignants. Cette ambition autorégulatrice se fonde sur l'affirmation que le secteur bancaire est spécifique, notamment en raison de son impératif de confiance et de la nature de son risque systématique et qu'un seul corps de règle ne peut rendre compte de sa régulation, alors l'intégration des règles dans

56. Sur l'évolution plus générale du contrôle des concentrations appliqué au secteur bancaire, v. M.-A. FRISON-ROCHE et M.-S. PAYET, *Droit de la concurrence*, Précis Dalloz, 2006, n° 336.

57. Avis n° 96A10 du 25 juin 1998, relatif à une demande d'avis de l'Association française des banques concernant le fonctionnement des services financiers de La Poste.

les acteurs eux-mêmes peut être une solution. À moins que les conflits d'intérêt ne puissent être résolus, auquel cas non seulement l'autorégulation n'est plus bénéfique mais elle devient délétère en tant qu'elle entame la confiance dans le système. Le droit et l'économie sont indissociables.

83. Ce même phénomène de convergence s'observe encore concernant le régulateur. En effet, celui-ci est institué par le droit et ressemble de plus en plus à des figures juridiques traditionnelles, notamment celle du juge. Pourtant, le droit est contraint dans la construction de l'autorité de régulation, non seulement par l'impératif de confiance qui oblige à une impartialité renforcée mais encore dans le dessin de son champ de compétence. En effet, s'il s'avère que l'économie bancaire se noue de plus en plus étroitement avec l'économie financière, alors doit se constituer un droit banco-financier, droit adéquat puisqu'en reflet des contours de son objet. Le droit français n'est pas encore allé jusqu'à l'intégration telle qu'elle s'est opérée en Grande-Bretagne à travers la création du *Financial Services Authority*, régulateur commun à la banque et à la finance parce que les secteurs eux-mêmes sont traversés désormais par le même risque de système.

84. Enfin, quel est la place du juge dans le secteur bancaire ? Il paraît naturel de l'évoquer en dernier en tant qu'il exprime l'*ex post*, c'est-à-dire le principe libéral dont le déploiement économique du secteur bancaire prétend se nourrir. Mais ce serait méconnaître la dimension systémique de ses décisions puisqu'en quelque sorte, toute décision individuelle est une décision générale, puisque les comportements de tous s'ajustent en anticipant la généralisation de la décision particulière, ce qui cesse de la rendre particulière.

85. Ce mouvement n'est pas observé dans le droit ordinaire, dans lequel il n'y a pas l'auto-observation requise pour le phénomène. Mais il est particulièrement net lorsqu'un secteur est structuré sur une profession. Ainsi, l'effet systématique qui transforme le jugement individuel en acte à portée générale s'opère en matière de santé à travers la profession médicale et en matière bancaire à travers la profession des banquiers. L'auto-observation est une théorie tout autant sociologique qu'économique, fille du fonctionnalisme, dégagée notamment par Niklas Luhmann⁵⁸, qui désigne la capacité des acteurs à prendre en considération dans leur propre comportement ce qu'il peut observer des effets produits par l'application de règles extérieures. Elle prend en compte l'existence d'acteurs particulièrement stratégiques, et le juge ne doit pas être le moindre d'entre eux.

86. Si l'on considère que le « bon juge », au sens de juge adéquat en tant qu'il connaît et comprend l'objet, et non pas au sens de juge trouvant intuitivement la solution moralement juste, est celui qui prend en considération ces interactions et qui mesure les effets systémiques de ses décisions individuelles, devient-il de ce seul fait un « juge-régulateur », voire un « juge-politique », si l'on désigne ainsi les personnes ou les institutions qui agissent en considérant les effets collectifs de

58. A.-J. ARNAUD et P. GUIBENTIF (dir.), *Niklas Luhmann, observateur du droit*, LGDJ, coll. « Droit et Société », 1993.

leur action sur les systèmes. Peut-on considérer qu'il n'existe qu'une sorte de choix aporétique entre un juge aveugle et un juge politique ?

87. Sans doute peut-on trouver un troisième terme, à travers un juge éclairé gardien des principes que les politiques économiques, voire une certaine nature des choses, ont conféré au secteur. Il s'agira alors pour le juge de contribuer par le droit à préserver la confiance et la stabilité du système, en reprenant les principes d'information des clients, de protection des investisseurs et d'effectivité des engagements de paiement.

88. Cela est plus aisé à énoncer d'une façon générale que dans l'application particulière, parce que les interactions des règles, les convergences précitées, doivent être prises en considération pour que le juge ne se contredise pas. Or, on a parfois l'impression que le juge se neutralise, voire se contredit dans un même système, notamment lorsqu'il sanctionne en même temps le soutien et la rupture de crédit.

2) *Les fins imprimées dans l'économie bancaire par le droit*

89. D'une façon plus générale, le juge, comme les banques, agissent au regard des fins du système, fins données par le politique, ce qui explique les variations dans le temps dont la simple référence à la nature, notamment la nature du crédit, ne peut rendre compte. Ces fins peuvent être intrinsèques au système, auquel cas on peut considérer qu'il s'agit d'une fonction des banques au sein même du système économique⁵⁹, mais ces fins peuvent être aussi extrinsèques, comme la cohésion sociale qui fait rencontrer d'une nouvelle manière la théorie du service public dans le secteur bancaire, ou la lutte contre la criminalité.

90. Comme on peut l'observer en matière de lutte contre le blanchiment d'argent, les banques deviennent des auxiliaires de l'intérêt général, tribut de leur caractère central, notamment en matière d'information, plus encore que contrepartie de leur puissance. Les banques doivent-elles subir ces nouvelles fins dont elles ont la charge, parce qu'elles sont au cœur des choses, au cœur de la vie sociale ce qui justifierait leur action contrainte en matière de cohésion sociale, au cœur des systèmes d'information ce qui justifierait leur enrôlement dans la lutte contre les crimes ? On en revient alors à la notion première de secteur. Si l'on estime que le secteur est premier et qu'on observe qu'il prend la forme d'une compétition entre des zones régionales, l'euro-péenne, la nord-américaine, l'asiatique, alors le poids de telles missions doit être partagé.

91. Il est en effet paradoxal, voire critiquable, qu'au moment où l'on peut à distance les entreprises et les missions de service public qu'on peut leur confier, le contrat de service public étant l'instrument juridique de cette mise à distance, qu'au moment où l'on affirme fortement que les entreprises publiques sont des

59. B. MOSCHETTO et J. ROUSSILLON, *La banque et ses fonctions*, PUF, coll. « Que sais-je ? ».

entreprises avant que d'être publiques⁶⁰, l'on internalise dans les banques des missions exogènes délicates et coûteuses, alors que, par exemple, on leur applique de plus en plus un droit commun parce que « la banque devient, de plus en plus, une entreprise comme les autres »⁶¹.

60. *Rapport de la Commission d'enquête sur la gestion des entreprises publiques*, dit *Rapport Barbier de la Serre*, remis au ministre de l'Économie et des Finances, 2003.

61. Ch. DE BOISSIEU, *Fragilité et défaillances bancaires*, préc., p. 170.