

## Finance responsable : responsabilité de l'avenir ! <sup>333q7</sup>



**Bénédicte BURY**  
Avocate au barreau de Paris, Avocap 2.2, responsable de la commission bancaire de l'ordre des avocats de Paris, vice-présidente de l'ACE, ancien membre du Conseil national des barreaux

“ *La finance responsable et solidaire est non seulement en expansion mais devient incontournable parce que nous le pouvons* ”

Deux semaines nationales sont dédiées en ce moment à un autre type de finance : la semaine de la finance *responsable*, qui a eu lieu du 27 septembre au 4 octobre dernier, avec pour thème « l'éthique des affaires », sous le slogan fédérateur « J'investis, et je m'investis », et la semaine de la finance *solidaire* qui se déroulera du 5 au 12 novembre prochains, dédiée aux associations, mutuelles, coopératives et fondations.

La finance responsable et solidaire ne serait-elle qu'une niche ? Elle est non seulement en expansion mais devient incontournable. Le 22 mars dernier, la Commission européenne présentait son plan d'action pour la finance durable. Ses recommandations finales en donnent une vision très globale : « Faire rentrer le fleuve finance dans son lit et réorienter le courant qui l'anime afin d'irriguer une économie respectueuse de l'environnement et créatrice d'emplois » (selon les termes d'Anne-Catherine Husson-Traore, directrice générale de Novethic), et ce par des mesures destinées à construire un marché unifié de l'investissement durable, en proposant des produits d'épargne pour financer la transition vers cette nouvelle économie. Les initiatives privées se développent : la Banque postale a par exemple annoncé souhaiter gérer l'ensemble de ses actifs (220 milliards d'euros) de manière socialement responsable à l'horizon 2020. « L'investissement socialement responsable n'est pas *une* mode mais *le* mode de gestion pertinent pour les années à venir », expliquait Daniel Roy, président du directoire de La Banque Postale Asset Management. Le mouvement de désinvestissement de l'industrie du tabac initié en 2016 par Axa s'accélère... L'Observatoire de la finance responsable a en outre annoncé une hausse sur un an de 18,3 % de l'encours des placements et de l'épargne solidaires. Stimulée par l'offre de produits solidaires des banques, l'épargne est encore amenée à se développer avec la loi *Pacte* comportant une réforme de l'épargne qui pourrait aussi encourager l'assurance-vie solidaire par une réglementation incitative.

Le secteur bancaire innove pour permettre aux clients d'atteindre des objectifs durables, comme en témoigne par exemple la pratique reliant le taux d'intérêt à la performance « Responsabilité sociale des entreprises (RSE) » d'un emprunteur dans le cadre d'un contrat de « crédit à impact » ou les facilités de financement octroyées aux fournisseurs vertueux... « Demain la finance durable : comment accélérer la mutation du secteur financier vers une plus grande responsabilité sociale et environnementale ? », tel est l'objet du rapport que le Conseil économique, social et environnemental a confié à sa section de l'économie et des finances. Par ailleurs, les programmes de formation en finance intègrent les enjeux sociétaux et le droit. C'est bienvenu car les jeunes générations sont en quête de sens, du sens de la responsabilité, pour « une éthique du futur » : « Tu peux donc tu dois », disait le philosophe Hans Jonas. L'identification et la quantification des risques futurs, notamment des litiges en responsabilité sociale et environnementale, convaincront les indécis. Le mouvement est irréversible, l'avocat et le juriste y ont toute leur place. Engageons-nous parce que nous pouvons accompagner chacun dans sa démarche éthique pour l'avenir ! ●

## PME et crédit bancaire : le *PACTE* en question 324j9



“ *La tarification bancaire demeurant complexe pour de nombreux chefs d'entreprise, la suppression du TEG pourrait leur retirer un élément de comparaison utile* ”

Les projets gouvernementaux pour l'économie française et les jeunes entrepreneurs sont nombreux et visent à favoriser le développement et l'indépendance des entreprises.

En matière bancaire, les attentions vont avant tout à la clientèle, ou plus exactement aux segments de clientèle qui, sans faire partie des consommateurs, sont en situation fragile. Déjà, en 2013, le législateur a aligné les droits des entrepreneurs personnes physiques sur ceux des consommateurs. Alors que l'ACPR et l'AMF, de concert, en tant qu'autorités chargées de la protection de la clientèle, ont fait des clients vulnérables l'un de leurs chantiers prioritaires depuis 2016, le Défenseur des droits a, lui aussi, pointé du doigt les discriminations dans l'accès au crédit lors de la création d'entreprise. Les particuliers devenant travailleurs indépendants ont aussi été l'objet d'un rapport adressé par la présidente du Comité consultatif du secteur financier, Corinne Dromer, recommandant la mise en place d'une gamme de produits bancaires adaptés.

Dans le même temps, le ministre de l'Économie et des Finances semble désireux d'encourager la création d'entreprise. Il a d'ailleurs annoncé, lors de la présentation du projet de loi *PACTE*, la mise en place d'une plateforme en ligne unique, la réduction des frais et durée d'installation (objectif : « 250 € en une semaine », au lieu de « 1 000 € en un mois ») et prôné l'instauration d'un droit à l'échec matérialisé par une liquidation judiciaire simplifiée permettant, pour les TPE (moins de 50 000 € d'actifs), d'obtenir l'effacement d'une dette en 6 mois.

Toutes ces mesures sont à évaluer à l'aune du problème majeur que représente le coût du crédit. On a beau ouvrir le Crowdfunding, autoriser les fonds d'investissement à consentir des prêts ou libérer le crédit inter-entreprises, l'on sait pertinemment que les premiers partenaires des PME sont les banques. Or le gouvernement envisage de faire adopter une réforme dont il conviendrait d'anticiper les conséquences. *Via* la loi pour un État au service d'une société de confiance actuellement en discussion (adoptée en 1<sup>re</sup> lecture par l'Assemblée nationale le 30 janvier dernier), il pourrait être habilité à réformer par ordonnance la réglementation relative au taux effectif global (TEG). Après la suppression de l'usure opérée en 2003 et 2005, qui a permis de dé plafonner les taux d'intérêt sur les crédits aux entreprises, la mention du TEG serait abandonnée pour ces crédits. Selon la Fédération bancaire française, le TEG professionnel serait un dispositif inutile et source de conflits. Pourtant, le ministre a indiqué que la mention du TEG resterait obligatoire pour les crédits à taux fixe octroyés aux TPE. La justification : « Il est important de veiller à ce que les entreprises disposant de moyens limités puissent bénéficier d'une information claire sur le coût de leur crédit » (Rép. min. n° 4605, 6 mars 2018). On doit bien mesurer les effets qu'aurait une telle réforme, alors même que la tarification bancaire demeure complexe pour de nombreux chefs d'entreprise et que la suppression du TEG pourrait leur retirer un élément de comparaison utile. Mais sur le terrain contentieux, il est évident que la suppression du TEG pour les entreprises signerait la fin de nombreux litiges. Tous s'en réjouiraient. ●

L'alerte : que faire ? <sup>314z4</sup>

Bénédicte BURY  
Avocate au barreau  
de Paris, Avocat 2.2,  
responsable de la  
commission bancaire  
de l'ordre des avocats  
de Paris et de l'ACE,  
ancien membre  
du Conseil national  
des barreaux

“ L'alerte  
institutionnelle et l'alerte  
individuelle, entre droit  
et devoir, interpellent  
profondément chacun  
dans son éthique  
de la responsabilité ”

L'alerte serait un droit d'un genre nouveau en ce qu'elle participe à l'effectivité d'autres droits fondamentaux dans l'interdépendance et l'interconnexion d'un ensemble de droits. Ce mécanisme de régulation ou plus exactement de compliance, au service « des opérateurs cruciaux » pour mettre en œuvre des « buts monumentaux, produisant une inversion du temps » – comme l'indique le professeur Marie-Anne Frison-Roche (« Du droit de la régulation au droit de la compliance », Working Paper, <http://mafr.fr/fr/article/du-droit-de-la-regulation-au-droit-de-la-complianc/>) –, a fondamentalement modifié le droit en ce que l'entreprise « d'assujettie est devenue agent de légalité » en raison de sa position et de son importance.

Depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2018, est entré en vigueur le décret du 19 avril 2017 précisant les mesures contenues dans la loi du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, dite loi *Sapin II*, qui a créé un régime général de protection des lanceurs d'alerte. Le 14 décembre dernier, l'association Transparency France a en outre publié un guide pour accompagner les lanceurs d'alerte « désireux de faire un signalement dans l'intérêt général ». Dans un souci de proportionnalité, « le signalement ou la révélation doit toujours être limité[e] aux faits strictement nécessaires au traitement d'une alerte », tandis que sont exceptées les confidentialités protégées.

Naturellement, ce premier numéro de l'année 2018 de la *Gazette spécialisée Droit bancaire* offre des illustrations jurisprudentielles de ce traditionnel devoir de mise en garde dont il est régulièrement signalé qu'il doit s'accompagner d'un devoir d'alerter sur les risques encourus. Par ailleurs, la jurisprudence refuse de retenir la responsabilité du banquier en cas d'emploi par le représentant légal des capitaux échus au mineur, seule l'anormalité des opérations étant susceptible de générer l'exercice de son devoir de vigilance (Cass. 1<sup>re</sup> civ., 11 oct. 2017, n° 15-24946). Cette décision, commentée dans le présent numéro, s'inscrit également dans le récent dispositif légal d'organisation de la protection du mineur qui fait peser sur les tiers « ayant connaissance d'actes ou omissions qui compromettent manifestement et substantiellement les intérêts patrimoniaux du mineur ou d'une situation de nature à porter un préjudice grave à ceux-ci » un devoir d'alerte du juge des tutelles. Ainsi les tiers, à raison de leur position et de leur compétence, sont requis pour participer à l'encadrement protecteur organisé par le juge des tutelles. Enfin, l'alerte responsable mérite d'être soulignée, telle l'alerte au *phishing* pratiquée encore récemment par de nombreuses banques pour alerter leurs clients sur les procédés précisément constatés, mais aussi la publication de guides et conseils pratiques, ce qui contribue par ailleurs au partage de l'information et à une limitation du risque de responsabilité.

Marie-Anne Frison-Roche souligne encore à juste titre que « le droit de la compliance, en ce qu'il consiste à punir par avance les opérateurs qui n'ont pourtant encore rien fait (...), inverse le temps » et doit donc être limité et proportionné pour être supporté par les opérateurs, dont la pérennité assure le système de gestion des risques et une certaine vision du droit : servir le bien commun. L'alerte institutionnelle et l'alerte individuelle, entre droit et devoir, interpellent plus profondément chacun dans son éthique de la responsabilité. Le rapport à l'autre n'est-il pas un rapport de sollicitude, dans un espace sans réciprocité nécessaire mais que la solidarité bienveillante irrigue ? ●

## Connaissance et liberté : quelle adaptation ? 297k5



Bénédicte BURY  
Avocat au barreau de  
Paris, ancien membre  
du Conseil national des  
barreaux, responsable de  
la commission bancaire  
de l'ordre des avocats  
de Paris et de l'ACE

“ *Les banques doivent juguler la volatilité de la confiance, en démontrant une capacité d'adaptation et d'innovation « disruptives » répondant aux évolutions des besoins des clients* ”

« Vous pourrez bientôt batifoler plus facilement », « Sapin 2 pourrait vous amener à faire des infidélités à votre banquier », lit-on ces derniers jours. En quelques mois, la mobilité bancaire a progressé. Depuis le 6 février dernier, par application de la loi *Macron*, la nouvelle banque choisie par le client doit effectuer, s'il en manifeste le souhait, toutes les formalités nécessaires dans le cadre du « service d'aide à la mobilité bancaire ». Ce nouveau service opérationnel et fourni gratuitement améliore le dispositif en place depuis 2009. Concrètement, suite à la signature d'un mandat confié au nouveau banquier, celui-ci contacte les organismes à prévenir pour effectuer les changements de domiciliation bancaire. Par ailleurs, la loi du 21 février 2017, ensuite des lois *Lagarde* en 2010, *Hamon* en 2014 et *Sapin 2* en 2016, vise également à accroître le « libre choix de l'emprunteur » relativement à l'assurance du prêt qu'il souscrit, par l'instauration d'un droit de résiliation annuelle pendant toute la durée du prêt. Cette disposition, effective depuis le 1<sup>er</sup> mars 2017 pour tout nouveau contrat souscrit, sera élargie à tous les contrats à partir du 1<sup>er</sup> janvier 2018.

L'effectivité du droit de changer d'établissement bancaire vient d'être encore facilitée par l'ordonnance n° 2017-1090 du 1<sup>er</sup> juin dernier. Désormais les établissements de crédit qui conditionnent l'octroi d'un crédit immobilier à la domiciliation des salaires ou revenus assimilés de l'emprunteur devront l'en informer clairement. Ils devront notamment préciser la nature de cette obligation, ainsi que celle de l'avantage individualisé obligatoirement consenti en contrepartie. Par ailleurs, cette contrainte de domiciliation sera limitée dans le temps, à défaut pour les consommateurs d'avoir obtenu la suppression de ce que certains avaient présenté comme une clause d'aliénation. À l'issue de ce délai, les emprunteurs pourront domicilier leurs revenus dans un autre établissement, tout en conservant l'avantage individualisé jusqu'au remboursement intégral du prêt. Dans le même temps, et paradoxalement dans un contexte de volatilité autorisée, il est exigé du banquier – comme illustré par plusieurs décisions commentées dans ce numéro – qu'il connaisse son client pour être à même de lui offrir un service adapté à ses besoins, de surcroît évolutifs.

Dans cette période de transition accélérée par le choc numérique et de développement de la banque à distance qui n'a pas encore suscité l'engouement des français, les aménagements progressifs s'accompagnent d'obligations d'informations réciproques pour accroître la connaissance de l'autre « en temps réel », faciliter l'adaptation, et permettre la liberté réciproque du choix. Le client est de plus en plus exigeant, informé des produits et services qui lui sont proposés et à la recherche d'un lien personnalisé et durable. Dans cette relation bancaire, les outils digitaux ont vocation à générer un « conseiller augmenté » afin de proposer le bon produit, au bon moment et à la bonne personne, dans un contexte à sécuriser pour protéger les données personnelles et la fiabilité des transactions.

C'est la volatilité de la confiance qu'il faut éviter, notamment en démontrant une capacité d'adaptation et d'innovation « disruptives » répondant aux évolutions des besoins du client, en quête d'individualisation, comme le montre déjà le développement d'offres bancaires innovantes, d'espaces d'incubation pour les startups, de relations collaboratives de proximité, physique et digitale. Est-ce si paradoxal que les banques développent ainsi des offres dites « de rupture » pour plus de fidélité librement consentie ? ●

## De l'autre côté du miroir 267c9



Bénédicte BURY  
Avocat au barreau de  
Paris, ancien membre  
du Conseil national des  
barreaux, responsable de  
la commission bancaire  
de l'ordre des avocats de  
Paris et de l'ACE

« Nous passons  
par une phase de  
« répression financière »  
marquée par des taux  
d'intérêt très bas  
et un durcissement  
réglementaire à l'égard  
des banques »

Aux pays merveilleux des taux d'intérêt négatifs, n'entendez-vous pas « Allez, allez... Venez : c'est moins cher que gratuit ! », formule retenue un jour dans un souk du Mali par la journaliste Dominique Nora, qui caractérise cette situation de taux négatifs, « à la fois bizarrerie intellectuelle et mystère conceptuel », précise Michel Léger, président de l'Institut Messine, en préface du cahier spécial « Taux d'intérêt négatifs, douze regards » ? « On est passé de l'autre côté du miroir », a indiqué pour sa part la directrice de la Fédération bancaire française.

C'est le monde à l'envers ! Une « aberration financière »... et une réelle problématique juridique, comme l'explique Myriam Roussille, commentant la décision du TGI de Strasbourg du 5 janvier 2016 par laquelle le juge des référés a enjoint à une banque d'appliquer la formule de taux d'un contrat de prêt à taux variable indexé sur un taux devenu négatif et dépourvu de taux contractuel plancher. Jean-Jacques Daigre a souligné que « dans un contrat de prêt, il est nécessaire que l'emprunteur rembourse l'intégralité des sommes prêtées. Si l'on considère qu'en période de taux négatifs le prêteur doit payer des intérêts à l'emprunteur alors, au résultat, l'emprunteur remboursera un montant inférieur au montant prêté, ce qui remet en cause la nature juridique même du contrat de prêt ».

« Le fait que le monde soit "à l'envers" ne l'empêche pas de tourner », a pu dire Michel Léger. Nous passons par une phase de « répression financière », post-crise de surendettement, marquée par des taux d'intérêt très bas et un durcissement réglementaire à l'égard des banques, visant à prévenir le risque de répétition. Ainsi la réforme du crédit immobilier par l'ordonnance du 25 mars dernier de transposition de la directive du 4 février 2014 fait l'objet dans le présent numéro d'une étude soulignant que l'objectif est de renforcer la protection des consommateurs et de prévenir l'endettement excessif. Elle consacre des solutions jurisprudentielles ainsi inspirées, « codifie » une distribution responsable du crédit en précisant les obligations incombant au prêteur comme à l'emprunteur. L'ordonnance a cependant manqué le rendez-vous d'une clarification attendue des règles du TAEG et du rééquilibrage du régime des sanctions vers la proportionnalité.

Par ailleurs, les taux d'intérêt (nominaux) très faibles, voire négatifs, sont un phénomène mondial. Ils font partie de la boîte à outils de relance économique constituée par les banques centrales dans l'espoir d'inciter les banques commerciales à distribuer davantage de prêts à l'économie réelle. Seulement ces mesures ne suscitent toujours pas l'envie d'emprunter. Serait-ce, comme l'explique l'économiste Daniel Cohen, que « le monde est devenu trop petit ? (...) La société industrielle reposait sur la perspective d'une croissance perpétuelle. Privée de cet espoir, elle est gagnée par l'angoisse ». Apprendre à vivre sans croissance, à appréhender la finitude représente un bouleversement aussi radical que la révolution galiléenne.

En fait, personne ne sait « comment cette "anomalie qui dure" prendra fin : rapidement ou après beaucoup de temps, en bon ordre ou au prix de secousses importantes ? », interroge Michel Léger. Alors trouvons un nouvel équilibre *De l'autre côté du miroir* – roman du célèbre Lewis Carroll –, un monde de créativité, d'autonomie, d'horizontalité des relations, comme nous y invite le *Rapport moral de l'argent dans le monde* qui vient de paraître, précisément consacré aux évolutions porteuses de progrès, paradoxalement dans le contexte noir du terrorisme. ●

## Quelle banque est « en train de naître » ? La banque bionique ? 247k2



**Bénédicte BURY**  
Avocat au barreau de Paris, ancien membre du Conseil national des barreaux, responsable de la commission bancaire de l'ordre des avocats de Paris et de l'ACE

“ *La voie attendue doit être recherchée dans un mélange subtil de banque digitale et humaine, sorte de bionic bank* ”

Le 11 octobre dernier, le cabinet de conseil en stratégie Athling Management a publié un livre collectif intitulé *La banque, reflet d'un monde en train de naître* qui réunit 120 textes émanant de personnalités extérieures au monde de la banque et d'horizons divers (scientifique, académique, économique, sportif, politique...) présentant leurs réflexions sur la banque de demain.

Comme le souligne par ailleurs avec justesse le Conseil national des politiques de lutte contre la pauvreté et l'exclusion sociale (CNLE), les caractéristiques de la banque de demain dépendront beaucoup du rôle que les États laisseront aux banques traditionnelles et de leur volonté ou non d'encourager l'ouverture de ce marché à d'autres acteurs.

Il est piquant de relever que la loi pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, dite loi *Macron*, a été promulguée le 6 août dernier, alors que se poursuivent les annonces de suppressions d'emplois touchant le secteur bancaire, ce qui n'est pas sans inquiéter le ministre du Travail.

Notre numéro reprend, dans sa partie « Actualité », les dispositions spécifiques de cette loi touchant l'activité bancaire. Vous y relèverez notamment le choix politique d'ouvrir le monopole bancaire au crédit interentreprises et de faciliter la mobilité bancaire. En effet, pour faciliter le changement de banque, le service de mobilité bancaire sera automatisé et rendu gratuit à partir de février 2017. Les entreprises pourront par ailleurs proposer à d'autres entreprises des financements différents de ceux actuellement connus et développés, tels les crédits dits « fournisseurs » (délais de paiement ou avances de trésorerie), à l'exclusion de certains types de crédit, comme l'affacturage. La justification tient à la circonstance – espérée – que les entreprises pourront, dans certaines conditions, assumer les financements qui ne sont pas aujourd'hui assurés par les banques, répondant ainsi à la pénurie de crédit. Ces conditions, à préciser par les textes d'application, devront cependant être pensées afin de prévenir un accroissement du risque de dépendance économique des PME. Le régime des prêts octroyés par certaines associations et fondations est également assoupli pour permettre le financement, à titre gratuit, auprès de personnes physiques mais aussi de personnes morales. Cet assouplissement du régime du crédit interentreprises permettra un rapprochement de la réglementation française avec celle en vigueur dans un certain nombre de pays européens.

Est-il paradoxal que ces mesures soient adoptées alors que, dans le même temps, l'Europe développe un encadrement contraignant et coûteux de l'activité des établissements bancaires et que les obligations pesant sur ces derniers s'alourdissent, atrophiant la liberté contractuelle, chahutant le droit discrétionnaire du banquier, l'obligeant à se soumettre à l'intérêt commun et général ?

La banque est-elle toujours entre Charybde et Scylla, les deux monstres marins personnifiant le détroit de Messine, entre l'Italie et la Sicile, et incarnant deux dangers : un tourbillon (Charybde) et un récif (Scylla) ? Souvenons-nous du conseil donné par Circé à Ulysse pour le passage du détroit : « Choisis plutôt Scylla, passe sous son écueil, longe au plus près et file ! ».

## Éclairages sur le temps invisible 236s7



**Bénédicte Bury**  
 Avocat au barreau de Paris, ancien membre du Conseil national des barreaux, responsable de la commission bancaire de l'ordre des avocats de Paris et de l'ACE

“ *Le droit doit davantage utiliser le temps pour construire la relation de confiance par le dialogue de bonne foi et favoriser ainsi le développement d'une culture de la coopération* ”

Le temps, invisible, exige l'illustration avec quelque chose de perceptible. Le rapport annuel 2014 de la Cour de cassation a consacré son étude au temps (cf. Actualité Textes *infra* p. 5). Il nous invite à la réflexion sur les rapports entretenus entre le temps et le droit. De manière plus pragmatique, ce rapport éclaire la construction du droit et l'évolution de son rapport au temps, notamment dans le domaine des relations avec les banques.

Le temps est souvent éclairé par le visage des changements et leurs effets, par exemple celui des cycles économiques sur le rôle du banquier. Dominique Legeais a livré récemment sa vision de l'évolution de la responsabilité bancaire pour fourniture de crédit, de l'excès à la pénurie, d'une lutte contre le risque de surendettement à la lutte pour une dynamique de consommation responsable de crédits. L'étude de la Cour de cassation relève la fonction protectrice de la modulation des délais, notamment les délais d'équité en droit du surendettement.

Le temps de la coopération est aujourd'hui venu. Le contrat, instrument de crédit, dans le sens de la confiance, glisse d'une lutte d'intérêts individuels vers la promotion de l'intérêt commun, la prise en compte réciproque des intérêts de l'autre. Le droit doit davantage utiliser le temps pour construire la relation de confiance par le dialogue de bonne foi et favoriser ainsi le développement d'une culture de la coopération. Sont progressivement découverts par le juge ou instaurés par le législateur des devoirs issus de règles de bonne conduite professionnelle. Réciproquement au développement de ces obligations, pèse sur le cocontractant l'obligation de bonne foi dans les informations fournies, comme en témoignent les décisions sanctionnant le comportement malicieux, la réticence ou la fausse déclaration.

Au-delà du temps de réflexion injecté dans le processus contractuel, c'est le temps du dialogue, de la connaissance de l'autre et de la formation professionnelle qui permet d'appréhender les aspects subjectifs nécessaires à l'appréciation de la capacité d'adaptation au temps. Le rapport de la Cour de cassation analyse la modulation des délais au service de la négociation au cours du procès, notamment l'adaptation de la prescription par la mise en œuvre du temps nécessaire à l'émergence d'une solution négociée. Surtout, ce rapport souligne l'adaptation du contrat au temps long. La jurisprudence de la Cour « est donc nette : en cas de déséquilibre dû à une modification imprévue des circonstances économiques, les parties doivent de bonne foi renégocier les modalités du contrat en vue de rétablir l'équilibre rompu ». Si la perpétuité des engagements est prohibée, l'obligation de coopération a fait émerger une obligation de motivation de la rupture, comme l'aménagement de délais de préavis raisonnables.

Enfin, il y a lieu de souligner le choix de la Cour de cassation d'insérer dans son rapport annuel la décision de sa chambre commerciale du 7 janvier 2014, laquelle, « en faisant prévaloir (...) le principe de la transmission universelle du patrimoine de la société absorbante, a voulu conférer une plus grande sécurité juridique aux opérations de cautionnement bancaire dans un contexte de restructuration permanente du secteur bancaire et financier », pour permettre l'adaptation au mouvement perpétuel. ●

## Ère du virtuel, vent de déstabilisation, fin des banques ? <sup>216y7</sup>



**Bénédicte BURY**  
Avocat au barreau de Paris, ancien membre du Conseil national des barreaux, responsable de la commission bancaire de l'ordre des avocats de Paris et de l'ACE

“ *Quelle monnaie, quels moyens de paiement et de financement, quelles transactions sauront emporter demain la confiance ?* ”

**L**e *Rapport moral sur l'argent dans le monde 2014* analyse les causes et les conséquences de la crise économique et financière et, parmi les grands thèmes traités, interpelle : « Et si la prochaine crise financière venait de la technologie ? ».

Michel Barnier, alors vice-président de la Commission européenne chargé du Marché intérieur et des Services, y présente le financement participatif ou *crowdfunding*, alternative aux financements de projets, « nouvelle finance au service d'une nouvelle croissance », reposant et se développant dans une économie connectée et en réseau. La mobilisation politique française, puis européenne, destinée à favoriser les activités transfrontalières, est bien la démonstration du potentiel de développement de ce nouveau mode de financement. Naturellement, cette mise en relation des épargnants-prêteurs et des entreprises sans l'intervention d'une banque nécessite un encadrement protecteur des épargnants, notamment par l'éducation financière et la transparence de l'information, afin de créer les conditions de la confiance de ces épargnants.

Ce rapport est également l'occasion, pour l'économiste Dominique Christian, de souligner, en matière de gestion des risques de marché et de crédit, l'importance de mettre en place un système de prévention des risques opérationnels liés à la technologie : « Avec l'informatisation associée au phénomène du *big data*, les accidents ont tendance à se multiplier : vols, intrusions, ruptures de systèmes trop centralisés ou interconnectés », faisant entrevoir l'enjeu de stabilité financière.

L'économiste Philippe Herlin y livre par ailleurs une analyse des monnaies complémentaires et du *bitcoin*, soulignant les perspectives de développement liées à un effet de réseau, malgré les dysfonctionnements récents. Philippe Herlin vient précisément de publier un ouvrage intitulé *Apple, Bitcoin, Paypal, Google : la fin des banques ?*, dans lequel il présente les effets de la révolution technologique bouleversant les moyens de paiement et affectant la position dominante des banques. Il montre comment les évolutions technologiques et le *mobile banking*, notamment avec les moyens de paiement alternatifs (du *bitcoin* à l'*iPhone 6* équipé d'une puce de paiement sans contact), vont changer notre rapport à l'argent et pourraient rendre nos économies plus saines et « résilientes » : « On comprend la stratégie des nouveaux entrants : surtout ne pas s'embêter à gérer le liquide et les chèques, qui coûtent horriblement cher, mais attaquer le "gâteau" des cartes bancaires et des comptes courants », entamant une potentielle rupture avec le système monétaire actuel.

En Afrique, la proposition de service de transfert d'argent et de paiement mobile du groupe Orange, intitulée « Orange Money », a été mise en place, permettant de réaliser toutes les opérations bancaires traditionnelles *via* des SMS, par un échange entre le vendeur et l'acheteur pour finaliser une transaction « hors banque ».

Les banques « pourraient devenir la sidérurgie de la prochaine décennie », ainsi que le « prédit » Philippe Herlin. Quelle monnaie, quels moyens de paiement et de financement, quelles transactions sauront emporter demain la confiance ? ●

## La volonté, la vigilance et l'inclusion 199b7



**Bénédicte Bury**  
Avocat au barreau de Paris, ancien membre du Conseil national des barreaux, responsable de la commission bancaire de l'ordre des avocats de Paris et de l'ACE

“ Cette notion – à l'époque étrange – d'inclusion bancaire, genre de soft law se durcissant, n'est-elle pas aujourd'hui effective pour l'inclusion sociale ? ”

La nécessité de caractériser l'accord du client aux opérations inscrites au débit de son compte a été rappelée cet été par la Cour de cassation, opérant un contrôle de motivation – souligné par Caroline Houin-Bressand – appelant à un « surcroît » de vigilance en l'absence d'accord exprès. La volonté ou, plus exactement, l'absence d'expression de la volonté aurait naturellement pu servir de fondement au lieu du formalisme brandi par le client pour éviter d'avoir à supporter un crédit à la consommation, en l'absence de réception d'un document attestant l'exécution, au moins partielle, du contrat principal. Ainsi que Myriam Roussille le souligne fort justement, en l'absence d'attestation signée par l'emprunteur, ne devrait-on pas alors estimer que le consommateur n'a émis aucun ordre de paiement, si bien qu'il ne saurait être tenu au remboursement du « crédit » ?

C'est une « lecture libérale et finaliste » que nous a livré la Cour de cassation, explique Pauline Pailler, s'agissant de l'interprétation de l'expression, par la caution, de sa volonté. « La Cour de cassation persiste dans la voie du pragmatisme », de l'efficacité de l'engagement signé de la main de la caution, en l'occurrence, en le disant valable malgré certaines inexactitudes de la mention manuscrite ; d'autres inexactitudes, telles la substitution d'articles ou l'erreur dans la désignation de l'assiette, sont cependant susceptibles de soulever plus d'incertitudes sur l'objet de l'engagement. La haute juridiction a encore rappelé que c'est la volonté telle qu'elle ressort de la mention manuscrite qui engage la caution sur le contenu qu'elle a ainsi exprimé, qui prévaut sur celui de la clause imprimée. C'est le souci de pragmatisme économique qui conduit la chambre commerciale à ne pas entamer la volonté ni la finalité, et à dépasser l'erreur sur la forme pour admettre l'efficacité de la publicité, même erronée, du crédit-bail. Cette solution tranche, nous dit Sophie Moreil, avec la rigueur dont la haute juridiction avait fait preuve à l'occasion de précédentes décisions. La vigilance est ainsi à nouveau sollicitée, tant du consommateur que du banquier.

Il en est de même du refus de renouveler un billet à ordre, souligne encore Sophie Moreil, refus susceptible d'être interprété comme l'expression de la volonté de rompre le crédit dès lors que les circonstances permettent de considérer que, constituant la garantie du crédit de trésorerie, régulièrement renouvelée avec l'accord de la banque, il en était indissociable.

La Cour de cassation a rappelé le caractère discrétionnaire de la volonté de rompre un crédit ou une convention de compte courant. Mais que faire du choix du législateur, en 2009, d'obliger le banquier à expliquer à son client qui lui en fait la demande les raisons de sa décision (CMF, art. L. 313-12) ? C'est qu'en effet, « au milieu d'un gué », la loi bancaire a initié le mouvement d'inclusion bancaire par la voie souple de la création d'un Observatoire de l'inclusion bancaire. Comme Marie-Anne Frison-Roche l'a relevé, « le droit au compte est né et son fondement est en *soft law* : une politique publique dont la charge est mise sur la banque » ([www.mafr.fr](http://www.mafr.fr)). L'actualité législative témoigne de cette politique d'inclusion. Cette notion – à l'époque étrange – d'inclusion bancaire, genre de *soft law* se durcissant, n'est-elle pas aujourd'hui effective pour l'inclusion sociale ? ●

## Ère du virtuel, vent de déstabilisation, fin des banques ? <sup>216y7</sup>



**Bénédicte BURY**  
Avocat au barreau de Paris, ancien membre du Conseil national des barreaux, responsable de la commission bancaire de l'ordre des avocats de Paris et de l'ACE

“ *Quelle monnaie, quels moyens de paiement et de financement, quelles transactions sauront emporter demain la confiance ?* ”

**L**e *Rapport moral sur l'argent dans le monde 2014* analyse les causes et les conséquences de la crise économique et financière et, parmi les grands thèmes traités, interpelle : « Et si la prochaine crise financière venait de la technologie ? ».

Michel Barnier, alors vice-président de la Commission européenne chargé du Marché intérieur et des Services, y présente le financement participatif ou *crowdfunding*, alternative aux financements de projets, « nouvelle finance au service d'une nouvelle croissance », reposant et se développant dans une économie connectée et en réseau. La mobilisation politique française, puis européenne, destinée à favoriser les activités transfrontalières, est bien la démonstration du potentiel de développement de ce nouveau mode de financement. Naturellement, cette mise en relation des épargnants-prêteurs et des entreprises sans l'intervention d'une banque nécessite un encadrement protecteur des épargnants, notamment par l'éducation financière et la transparence de l'information, afin de créer les conditions de la confiance de ces épargnants.

Ce rapport est également l'occasion, pour l'économiste Dominique Christian, de souligner, en matière de gestion des risques de marché et de crédit, l'importance de mettre en place un système de prévention des risques opérationnels liés à la technologie : « Avec l'informatisation associée au phénomène du *big data*, les accidents ont tendance à se multiplier : vols, intrusions, ruptures de systèmes trop centralisés ou interconnectés », faisant entrevoir l'enjeu de stabilité financière.

L'économiste Philippe Herlin y livre par ailleurs une analyse des monnaies complémentaires et du *bitcoin*, soulignant les perspectives de développement liées à un effet de réseau, malgré les dysfonctionnements récents. Philippe Herlin vient précisément de publier un ouvrage intitulé *Apple, Bitcoin, Paypal, Google : la fin des banques ?*, dans lequel il présente les effets de la révolution technologique bouleversant les moyens de paiement et affectant la position dominante des banques. Il montre comment les évolutions technologiques et le *mobile banking*, notamment avec les moyens de paiement alternatifs (du *bitcoin* à l'*Iphone 6* équipé d'une puce de paiement sans contact), vont changer notre rapport à l'argent et pourraient rendre nos économies plus saines et « résilientes » : « On comprend la stratégie des nouveaux entrants : surtout ne pas s'embêter à gérer le liquide et les chèques, qui coûtent horriblement cher, mais attaquer le "gâteau" des cartes bancaires et des comptes courants », entamant une potentielle rupture avec le système monétaire actuel.

En Afrique, la proposition de service de transfert d'argent et de paiement mobile du groupe Orange, intitulée « Orange Money », a été mise en place, permettant de réaliser toutes les opérations bancaires traditionnelles *via* des SMS, par un échange entre le vendeur et l'acheteur pour finaliser une transaction « hors banque ».

Les banques « pourraient devenir la sidérurgie de la prochaine décennie », ainsi que le « prédit » Philippe Herlin. Quelle monnaie, quels moyens de paiement et de financement, quelles transactions sauront emporter demain la confiance ? ●

## Concilier court et long terme 153z4



**Bénédicte BURY**  
Avocat à la cour, barreau de Paris, ancien membre du Conseil national des barreaux, responsable de la commission bancaire de l'ordre des avocats de Paris et de l'ACE

« Une finance altruiste implique de dessiner un horizon temporel intégrant l'urgence du court terme dans l'urgence du long terme »

Réponse à un supposé conflit entre la patience du long terme et l'urgence ou tyrannie du court terme ?

Abandonner la logique « court-termiste » n'est pas seulement un conseil que l'on peut lire à l'attention des investisseurs ; d'une façon générale, tous les acteurs – citoyens, entreprises, États – sont aujourd'hui invités à viser positivement le long terme, comme le fait le récent rapport intitulé « *Now for the long term* » de l'*Oxford Martin Commission for the future generations* ([www.oxfordmartin.ox.ac.uk](http://www.oxfordmartin.ox.ac.uk)).

La Fédération bancaire française, au mois de juillet dernier, a souscrit au constat fait par la Commission européenne quant à la nécessité de renouer avec une croissance européenne durable, soutenue par un financement de long terme accompagnant les réformes structurelles européennes. Elle a formulé des propositions constructives sur la manière d'augmenter l'offre de financement de long terme et les moyens de canaliser l'épargne disponible vers les besoins en investissements longs de l'économie européenne ([www.fbf.fr/fr/files/99AGHM/062013-Position-FBF-fr.pdf](http://www.fbf.fr/fr/files/99AGHM/062013-Position-FBF-fr.pdf)). L'union bancaire doit avoir pour effet de rétablir la confiance à long terme des investisseurs, et le temps nécessaire à ce rétablissement explique l'urgence des mesures.

« Restaurer la priorité au long terme » est en outre le titre de la synthèse du rapport *Pour une économie positive*, remis le 21 septembre dernier par Jacques Attali. On peut y lire que « l'absence de prise en compte du long terme est la cause principale de la crise actuelle. Il est très inquiétant de voir les nations de plus en plus focalisées sur le court terme ». « L'un des prérequis de l'« économie positive » [est de] bâtir un capitalisme patient, à travers une finance positive qui retrouve son rôle de support de l'économie réelle » (cf. Actualité, p. 8).

De nombreuses propositions portent sur le financement de cette économie : créer un fonds mondial d'économie positive pour agir comme un investisseur de long terme contra-cyclique au niveau mondial, « rediriger l'épargne et les investissements vers les activités positives », « favoriser le développement de la microfinance ». Répondant à une demande croissante de financement non traditionnel des PME, le financement participatif ou *crowdfunding* et la micro-finance sont encouragés à se développer, tandis que l'Europe s'empare de la réflexion sur un encadrement réglementaire, dans laquelle la France démontre son avance (cf. Actualité, p. 7).

L'appel à une finance altruiste est lancé, soutenu par des références à des économistes illustres et libéraux comme Adam Smith, lequel écrivait, dans sa *Théorie des sentiments moraux* : « Aussi égoïste que l'homme puisse être supposé, il y a évidemment certains principes dans sa nature qui le conduisent à s'intéresser à la fortune des autres et qui lui rendent nécessaire leur bonheur, quoiqu'il n'en retire rien d'autre que le plaisir de les voir heureux ». Le rapport Attali préconise notamment la mise en place de deux index de mesure du bonheur : « l'indicateur de positivité de l'économie » et le « *Ease of doing positive economy* » ou « indicateur de volonté d'un pays d'aller vers une économie positive ». Est également évoquée la création d'une instance chargée de s'assurer de la prise en compte des intérêts des générations futures – un « Conseil du long terme » – nécessaire pour institutionnaliser le long terme au cœur du processus normatif national.

En réalité, une finance altruiste implique de dessiner un horizon temporel intégrant l'urgence du court terme dans l'urgence du long terme. ●

Vérité, loyauté et... *truth whistle* 139j1

Bénédicte Bury  
Avocat au barreau de Paris, ancien membre du Conseil national des barreaux, responsable de la commission bancaire de l'ordre des avocats de Paris et de l'ACE

« Le « sifflet » vertueux doit s'adapter à la diversité culturelle par la restauration d'une culture de l'intérêt général, dont les banques ne sont pas exclues »

La vérité est sans cesse l'objet de réflexions renouvelées, notamment dans ses rapports avec le droit de la preuve, ainsi que vient de le souligner l'ouvrage *Le droit entre autonomie et ouverture* récemment publié en l'honneur de Jean-Louis Bergel (éd. Bruylant, juin 2013, p. 890 et s.). Les interrogations portent sur le rapport entre l'admissibilité des modes de preuve et la vérité, ou sur la recherche du juste équilibre entre secret bancaire et impératif de vérité, préoccupations manifestées par la Cour de cassation dans son *Rapport annuel* rendu en mai, dont l'étude est précisément consacrée à « la preuve » (v. actualité, *infra* p. 7). L'étendue du contrôle de la Cour de cassation y est spécifiquement analysée en droit bancaire, notamment à travers les thématiques suivantes : le contrôle de l'application des règles relatives à la répartition de la charge de la preuve, l'admissibilité des modes de preuve, ou encore l'exigence de loyauté des preuves, cette éthique procédurale rendant irrecevable la preuve obtenue au moyen d'un procédé déloyal ou illégal.

La transparence, idéalement source de loyauté, poursuit son chemin de colloque en colloque, de réglementation en réglementation, aujourd'hui vers une réforme structurelle du système bancaire et financier. Cherchant toujours la juste mesure. Il en est ainsi du chemin emprunté pour renforcer la loi *Lagarde* afin d'éclairer l'assurance-emprunteur, d'accroître la lisibilité et la comparabilité des offres, ou encore de séparer les activités bancaires et de gérer les conflits d'intérêts par l'évitement (v. actualité, p. 5).

La concurrence pour le leadership de l'éthique est réelle, ainsi qu'en témoigne la prolifération de codes et chartes aux contenus variés et aux portées variables, comme les programmes de conformité et/ou de *compliance* déployés progressivement par les établissements bancaires, et dont on lit qu'il y a lieu d'en instaurer la culture.

Mais quelle culture ? Celle du petit ou grand fraudeur quotidien, « pas vu, pas pris », du compte ouvert « en fraude », du maquillage d'opérations financières, dont l'éventuel scrupule sera dissipé par la confession puisque, « autant la joyeuse intrépidité de celui qui brise les tabous est toujours applaudie, autant il faut un courage certain pour poser et défendre les limites », écrit Chantal Delsol dans son article « Le courage de cerner les limites » en l'honneur de Jerry Sainte-Rose (éd. Bruylant 2012, p. 411). Celle du *whistleblower* ou diseur de vérité, dont le discours de vérité est appelé « narcissisme moralisé » (C. F. Alford, *Whistleblowers : Broken lives and organizational power*, Cornell University Press), cet idéaliste courageux paradoxalement marginalisé parce que perturbateur de l'organisation, un peu comme la vérité elle-même est empreinte de paradoxe.

On voit bien que si l'on souhaite un « sifflet » vertueux et vécu comme nécessaire à la construction d'une spirale positive, il faut l'adapter à la diversité culturelle, afin de comprendre les freins et les dépasser par la restauration d'une culture de l'intérêt général. On se reportera ici utilement au *Rapport moral sur l'argent dans le monde*, et notamment à l'article « Pour un nouveau modèle d'entreprise » d'Olivier Favereau (v. actualité, p. 8).

Toute entreprise responsable, dont les établissements financiers, doit développer en son sein une vision globale partagée permettant à chacun de prendre conscience du sens de son action et de sa responsabilité positive, productrice de valeurs. ●

## L'utopie participative, quelle réalité ? 126w5



**Bénédicte Bury**  
 Avocat au barreau  
 de Paris, ancien membre  
 du Conseil national des  
 barreaux, responsable de  
 la commission bancaire  
 de l'ordre des avocats  
 de Paris et de l'ACE

“ *Le financement participatif apparaît, dans le contexte économique actuel, comme une réelle alternative pour financer les utopies* ”

L'utopie n'est pas chimère, imaginaire ne signifie pas impossible. L'*Utopia* de Thomas More, avocat, homme de loi et de lettres, publiée en 1516 à la demande d'Erasmus, est un néologisme, fruit de l'imagination de son auteur, et le récit fondateur d'un courant littéraire ayant pour ambition d'explorer et de découvrir un nouveau monde, une société idéale dans une géographie imaginaire.

L'utopie, c'est déjà maintenant, avec la réalité de l'essor de l'internet depuis les années 90, ouvrant de nouvelles voies de débats, de nouvelles cités de l'utopie, « chaudrons urbains numériques où s'élaborent *in vivo* les recettes d'un futur vivre ensemble ». « Les territoires numériques » – comme désignés par Nils Aziosmanoff dans *La revue du cube* –, ces communautés virtuelles en plein développement, ouvrent ainsi des voies de co-construction comme de financement.

Le *crowdfunding*, financement participatif, est une utopie réalisée. Internet permet de mobiliser les foules pour lever des fonds propres et financer ainsi des projets en échange d'une prise de participation au capital. Cette souscription populaire, qui n'est pas nouvelle, s'inscrit aujourd'hui dans cet essor numérique et connaît un véritable engouement. Le financement participatif apparaît, dans le contexte économique actuel, comme une réelle alternative pour financer les utopies. Il répond également à la recherche de sens et de renouvellement du lien social par l'implication et l'engagement qu'il suscite. Nous suivons les réflexions relatives à sa réglementation tant aux États-Unis qu'en Europe, où la ministre en charge de l'Économie numérique a récemment précisé qu'il convenait de « faire sauter les verrous » (« TPE : la voie étroite du *crowdfunding* », *Le monde économique*, 25 mars 2013, S. Cassini).

« Financer les utopies, une histoire du Crédit coopératif » est la réflexion que l'historien Michel Dreyfus a par ailleurs suggéré à travers un colloque organisé le 9 avril dernier, date de la célébration des 120 ans du Crédit coopératif, et d'un ouvrage paru aux éditions Actes Sud. La démarche mérite d'être soulignée puisqu'il s'agit de partir de l'histoire d'une banque coopérative pour explorer celle de l'économie solidaire et sociale, toutes deux s'inscrivant dans un processus de co-construction, reposant sur des valeurs fortes, chargées de sens.

L'utopie européenne est relancée à travers l'Union bancaire européenne. En témoignent les titres d'articles suivants : « L'union bancaire européenne est-elle un défi ou une utopie ? » (<http://finance.blog.lemonde.fr/>, 9 juin 2012) ou encore « L'utopie européiste, nouvel épisode : l'Union bancaire » ([liberte.politique.com](http://liberte.politique.com), 8 juin 2012). Rappelons que les vingt-sept États membres de l'UE ont trouvé un accord le 13 décembre 2012 sur la supervision bancaire européenne, prévoyant la création du mécanisme européen de surveillance unique (MSU), premier pilier d'un projet d'union bancaire à l'échelle européenne devant être opérationnel à partir de mars 2014, sous le contrôle de la Banque centrale européenne (BCE), et ce « afin d'éviter l'apparition de risques bancaires et d'une contagion transnationale ». Entre 150 et 200 banques devraient être directement supervisées, dont les grandes banques françaises. Mais le report de l'adoption du MSU n'est pas impossible. C'est pourquoi Yves Mersch, membre du directoire de la BCE, vient d'alerter sur les dangers d'« une politique de procrastination » (*Les Echos.fr*, 5 avr. 2013).



« Il est indispensable que la démarche de gestion des risques soit au cœur de la révolution actuelle des moyens de paiement »

(1) Cf. brèves, *infra* p. 4 et s.

(2) Cycles de l'ACE « Conformité et secteur financier » et « Risque juridique et conformité », avec not. B. Bury, S. Durox, P.-G. Marly et C. Roquilly.

(3) Not., sur la tarification : CA Paris, pôle 5, ch. 5-7, 23 févr. 2012, n° 2010/20555 : *Juris-data* 2012-002893 ; D. Bosco, « Coup de froid sur la régulation concurrentielle du secteur bancaire français », *Contrats, conc. consom.*, n° 4, avr. 2012, com. 104.

(4) T. Bonneau, « Prudence et finance : introduction à la réglementation *Bâle III* », in *Les nouveaux déterminants de la finance*, cycle de séminaires du Cedag, RD bancaire et fin. mars 2012, p. 85.

(5) Rapport annuel d'activité de l'ACP : cf. brève, *infra* p. 5.

(6) Rapport d'activité du pôle Assurance, banque et épargne de l'ACP-AMF : cf. brève, *infra* p. 5.

(7) Rapport de la Cour de cassation, introduction à l'étude sur « Le risque » : cf. brève, *infra* p. 5.

## Mutations, prudence et honnêteté

Des rapports annuels publiés récemment <sup>(1)</sup> ressurgit la nécessité, dans un monde en mutation, d'une imprégnation de la démarche de gestion des risques <sup>(2)</sup>.

Préparer l'avenir des moyens de paiement en France suppose, selon le rapport présenté au mois de mars dernier à la demande du ministre de l'Économie, de prendre la mesure de la « nouvelle révolution » en marche : mesure des évolutions techniques, des acteurs, mais aussi des affrontements entre les autorités de contrôle, les autorités de la concurrence et les banques <sup>(3)</sup>.

La seconde partie du dossier consacré à la carte bancaire permet de cibler les « hypothèses problématiques » d'utilisation de la carte et les cas d'utilisation frauduleuse dont elle fait l'objet, ainsi que d'appréhender, à travers l'étude de Myriam Roussille, les notions d'« opposition », outil de prévention du risque, et de « contestation », dont la fonction correctrice pourrait être préventive (v. p. 7). Caroline Houin-Bressand nous livre une analyse de l'articulation du mécanisme de paiement par carte avec l'ouverture d'une procédure collective, dont elle fait ressortir les difficultés, paradoxalement plus importantes dans l'hypothèse où la procédure est ouverte à l'encontre du bénéficiaire du paiement que lorsqu'elle atteint le porteur (v. p. 18). La mesure et la gestion des risques sont également au cœur de la réflexion conduite par Juliette Morel-Maroger sur la répression des fraudes à la carte bancaire, comme cela ressort de la question posée en introduction : « Doit-on accepter les fraudes comme un phénomène inéluctable et se contenter d'en faire peser le poids financier sur les établissements émetteurs de cartes, ou peut-on tenter d'apporter une réponse pénale dissuasive à l'égard des fraudeurs ? » (v. p. 12).

« La prudence est définie comme une vertu et elle doit, dit-on, être la règle de toutes nos actions. Elle doit permettre de prévenir et d'éviter les fautes et les dangers » <sup>(4)</sup>. Thierry Bonneau a rappelé que les règles prudentielles, dans cet esprit, n'ont cependant pas pour ambition de supprimer tout risque, mais d'astreindre à sa gestion. Sur ce point, l'Autorité de contrôle prudentiel, dans son rapport publié le 14 mai dernier, indique avoir veillé à ce que les établissements de crédit et les organismes d'assurance prennent les dispositions nécessaires pour s'adapter aux profondes modifications des règles prudentielles <sup>(5)</sup>.

La qualité de la relation de confiance avec le client est parallèlement une préoccupation accrue, comme en témoigne le rappel des actions déployées <sup>(6)</sup>, notamment les actions de formation, pour une meilleure prise de conscience des rôles et responsabilités respectives.

Hegel observait que « l'humanité de l'Homme passe par le risque, plus précisément le risque de sa vie », comme le rappelait le professeur Jacques Moury en ajoutant que « c'est à travers ce risque qu'il prend conscience de ce qu'il est : un être dont la valeur ne se ramène pas à sa seule existence biologique parce qu'il est capable de la risquer pour autre chose, un être dont les valeurs se peuvent dès lors mesurer à l'aune de ce qu'il est prêt à risquer pour elles » <sup>(7)</sup>. ●



Par Bénédicte BURY  
Avocat associé  
B. Moreau-Avocats  
Ancien membre du Conseil  
national des barreaux

“ L’innovation est la source du développement des paiements électroniques, comme de leur sécurité ”

## 2012 : accompagner la mobilité

Le ton a été donné par la Commission européenne qui a lancé, le 11 janvier dernier, une consultation sur les paiements par carte, par Internet ou par téléphone mobile dans le cadre d’un Livre vert <sup>(1)</sup>, « notamment pour faciliter les paiements mobiles », s’inscrivant dans une démarche destinée à favoriser le commerce électronique.

Véritable révolution du paiement électronique protéiforme <sup>(2)</sup>, le commerce « mobile » ouvre des horizons de paiement à distance et de proximité. Face à ce constat, la Commission souhaite mettre fin à la fragmentation du marché européen des moyens de paiement – paiements par carte, par Internet (e-paiement), par téléphone mobile (m-paiement) –, notamment pour faciliter les paiements par mobiles. La consultation portant sur les obstacles de nature à restreindre l’intégration de ce marché et sur la manière de les lever pour aboutir à la création d’un cadre européen concret pour les paiements électroniques, prendra fin le 11 avril prochain.

« Paiement mobile : pourquoi la France est en retard... sur le Kenya ». C’est ainsi que Marie Guillemot intitulait son article paru dans les colonnes de *La Tribune* le 28 décembre dernier, soulignant le développement fulgurant des paiements par téléphone mobile au Kenya ou en Inde, en raison de la faiblesse des infrastructures de télécommunication ou de bancarisation dans ces pays <sup>(3)</sup>.

Le vice-président de la Commission européenne, Joaquín Almunia, a précisé que le retard de l’Europe, par comparaison aux États-Unis, au Japon ou à la Corée, s’explique par « l’inefficacité des systèmes de paiement dans l’Union européenne [qui] accroît les coûts de transaction, réduit la compétitivité de l’économie européenne et limite son potentiel de croissance ». Il y a donc un défi à relever, sous peine de voir des opérateurs lointains s’emparer de ce marché et de ses flux.

Michel Barnier, commissaire européen au Marché intérieur et aux Services, a pour sa part souligné que les paiements électroniques devaient être « sûrs, efficaces, compétitifs et innovants (...) pour soutenir la croissance du commerce électronique ».

Les auteurs de l’édition « Droit bancaire » de la *Gazette du Palais* ont dès lors choisi de faire des paiements électroniques le thème de l’année 2012. Le présent numéro s’ouvre donc par un dossier consacré à la carte bancaire <sup>(4)</sup> – « reine des moyens de paiement à la destinée tortueuse », mais aussi « théâtre d’une succession d’ombres et de lumières » – introduit par Myriam Roussille <sup>(5)</sup>, immédiatement suivie par Philippe Casson dont la contribution est dédiée aux assurances associées aux cartes bancaires <sup>(6)</sup>.

L’actualité jurisprudentielle <sup>(7)</sup> montre également combien cette problématique de la sécurité des paiements est le principal enjeu du développement des paiements électroniques. L’innovation est la source du développement des paiements électroniques, comme de leur sécurité. ●

(1) Sur ce Livre vert intitulé « Vers un marché européen des paiements par carte, par Internet et par téléphone mobile », v. Brève *infra* p. 5.

(2) Support de paiement de proximité (*Near Field Contact* ou NFC) permettant les achats « sans contact », technologie utilisée notamment grâce au pass Navigo, téléphones dits « intelligents », *smart phones* ou tablettes.

(3) Dans son article, Marie Guillemot souligne notamment qu’en Inde, « le paiement mobile représente un véritable potentiel de développement pour ce pays qui compte trois fois plus de mobiles que de comptes bancaires » (<http://latribune.fr>).

(4) La seconde partie de ce dossier sera publiée dans notre prochaine édition « Droit bancaire ».

(5) Cf. *infra* p. 7.

(6) Cf. *infra* p. 11.

(7) Cf. le commentaire d’Anne-Claire Rouaud sous Cass. com., 11 oct. 2011, n° 10-20954 in *Chronique de jurisprudence*, *infra* p. 19.



Par Bénédicte BURY  
Avocat associé  
B. Moreau-Avocats  
Membre du Conseil  
national des barreaux

« *Crédit responsable : au-delà d'une entreprise d'enseignement, c'est l'entreprise d'éducation dont les effets sont espérés* »

## Savoir et ignorer

« Le droit de savoir », thème de l'étude du Rapport 2010 de la Cour de cassation, est articulé autour de deux idées :

– **L'information imposée** par le droit d'obtenir de celui qui est mieux à même de transmettre, parce mieux à même de connaître. L'obligation d'information dans les contrats a fourni l'occasion d'étudier l'obligation d'information de l'assuré ou le droit de savoir de l'assureur, tandis que le droit de savoir de l'investisseur, en cas d'investissement spéculatif et non spéculatif, a fourni l'occasion de souligner que, dans la seconde hypothèse, « *bien que les textes aient pu paraître y inciter, la Cour de cassation n'a jamais jusqu'ici retenu que l'investisseur était en outre créancier d'un devoir de conseil obligeant le prestataire à orienter positivement ses choix* » ;

– **L'information justifiée** par le droit de savoir, laquelle intéresse aussi le droit bancaire lorsqu'il s'agit d'envisager le droit de savoir face aux secrets opposés par leurs dépositaires, et plus spécifiquement le secret bancaire, dont la Cour de cassation rappelle son attachement à une application stricte.

Le professeur Agathe Lepage rappelle, en avant-propos de l'étude précitée, que le droit de savoir est aussi une émanation de la société de transparence, « *des murs opaques à la transparence du verre* »<sup>(1)</sup>, avec des limites nécessaires tenant compte « *du degré de discernement et du sens critique de la moyenne des consommateurs* » que l'outrance et l'exagération de l'image publicitaire « *ne peuvent finalement tromper* ».

Est alors immanquablement citée, dans le domaine du droit de la consommation, la loi du 1<sup>er</sup> juillet 2010 dite *Lagarde*, dont il est relevé qu'elle impose désormais dans les publicités une mention précisant : « *Un crédit vous engage et doit être remboursé* »<sup>(2)</sup>.

Le dispositif de cette réforme, en place depuis le 1<sup>er</sup> mai 2011, est présenté « *entre espoirs et illusions* » dans le cadre du « dossier » du présent numéro (*infra* p. 7 et s.). Difficile est l'équation entre volonté de moraliser les pratiques et de mettre fin aux crédits qui ne se remboursent jamais – un crédit responsable étant un crédit qui se rembourse –, et maintien d'un produit nécessaire pour soutenir une politique de consommation indispensable<sup>(3)</sup>. L'objectif ambitieux de la loi *Lagarde* est d'instaurer des dispositions contre le surendettement qui, cette fois, empêcheraient d'y tomber. « *Le crédit, c'est comme le cholestérol, il y a le bon et le mauvais crédit* »<sup>(4)</sup>. Dès lors, la volonté exprimée est de mettre de l'ordre par un renforcement de l'encadrement du « crédit de tous les jours », accompagné d'un volet pédagogique important, allant au-delà des prescriptions de la directive européenne du 23 avril 2008<sup>(5)</sup>. Le dossier appréhende également la « face cachée » du crédit immobilier dans la loi du 1<sup>er</sup> juillet 2010<sup>(6)</sup>.

Pour Agathe Lepage, « *il est certain qu'une société dans laquelle le niveau de l'information ne cesse de monter a pour corollaire le rehaussement des responsabilités ; elle attend toujours plus de celui qui sait et reproche parfois à l'ignorant de ne pas savoir. Cernés par ces flots d'information, certains peuvent craindre de ne plus avoir pied et font peut-être le songe, un peu nostalgique, du droit de ne pas savoir* »<sup>(7)</sup>.

Mais l'ignorance peut-elle déresponsabiliser ? Au-delà d'une entreprise d'enseignement, c'est l'entreprise d'éducation dont les effets sont espérés<sup>(8)</sup>. ●

(1) V. aussi « La bonne foi dans la relation contractuelle du banquier avec son client », par B. Bury, *Gaz. Pal.* 17 mars 2009, p. 5.

(2) « Publicité en matière de crédit à la consommation : pour un professionnel et un consommateur responsables », par C. Avignon et L. Landes-Gronowski, *infra* p. 17.

(3) « Loi *Lagarde* : réforme du crédit à la consommation. Entre espoirs et illusions », par M. Roussille, *infra* p. 7.

(4) Christine Lagarde ([www.economie.gouv.fr/protection-du-consommateur/index-credit-consommation.html](http://www.economie.gouv.fr/protection-du-consommateur/index-credit-consommation.html)).

(5) « La nouvelle philosophie du crédit renouvelable », par V. Legrand, *infra* p. 12.

(6) « La « face cachée » d'une réforme du crédit immobilier dans la loi du 1<sup>er</sup> juillet 2010 », par H. Heugas-Darraspen et J. Salvandy, *infra* p. 21.

(7) *In* Rapport 2010 de la Cour de cassation disponible sur [www.courdecassation.fr/publications\\_cour\\_26/rapport\\_annuel\\_36/rapport\\_2010\\_3866/](http://www.courdecassation.fr/publications_cour_26/rapport_annuel_36/rapport_2010_3866/)

(8) V. not. « Enseignement et éducation », par Jacqueline de Romilly, discours prononcé en oct. 2008 ([www.institut-de-france.fr](http://www.institut-de-france.fr)).



Par Bénédicte BURY  
Avocat associé  
B. Moreau-Avocats  
Membre du Conseil  
national des barreaux

« Ni juge, ni plaideur ne peuvent faire l'économie de la détermination de la perte de chance de mesurer le risque, ni du calcul de probabilité nécessaire à la mesure de la réparation »

## L'impréparation, quel dommage ?

Les précautions se développent pour accroître la préparation aux décisions à raison d'opérations comportant un aléa <sup>(1)</sup>, comme l'évolution de la réglementation visant l'information du consommateur de produits financiers continue d'en attester.

La construction prétorienne de la responsabilité du fait d'un manquement du banquier à ses obligations d'information et de mise en garde se poursuit avec un objectif clair de réparation du dommage dont le juge français a précisé qu'il était constitué par une perte de chance de ne pas contracter, refuge souverain en l'absence de certitude du dommage dont « la seule règle de droit est que la « réparation (...) doit être égale à l'avantage qu'aurait procuré cette chance si elle s'était réalisée » » <sup>(2)</sup>.

Le dommage affecté d'un aléa – la perte de chance – permet également de « raccourcir la chaîne causale » <sup>(3)</sup> et permettrait même d'indemniser la perte de chance d'échapper à un risque de survenance d'un dommage ou « risque préjudiciable » <sup>(4)</sup>.

Cette assimilation, critiquée, du risque et de la perte de chance participe sans doute du dévoiement dénoncé <sup>(5)</sup> – « la seconde confronte à l'achèvement, le premier convie à l'attente » <sup>(6)</sup> –, tandis que certains défendent la reconnaissance d'un préjudice autonome d'« impréparation » à mesurer le risque souscrit mais non accepté <sup>(7)</sup>, dont l'évaluation serait aussi aléatoire.

Aux prises avec « les affres de la causalité », les juges « ont voulu adapter la responsabilité des hommes à leurs possibilités d'agir » <sup>(8)</sup>.

Si la Cour de cassation exige la certitude de la chance perdue, il apparaît utile d'appréhender de manière empirique le calcul de probabilité de la survenance de cette chance évanouie, par l'examen des décisions rendues <sup>(9)</sup>. En effet, ni juge, ni plaideur ne peuvent faire l'économie de la détermination de la perte de chance de mesurer le risque, ni du calcul de probabilité nécessaire à la mesure de la réparation.

Les précautions prises par les magistrats pour maintenir la réparation de ce dommage aléatoire dans des limites prévisibles permettent de lutter contre les abus éventuels du recours à cette notion et d'assurer l'existence de ce dommage spécifique et autonome par rapport au dommage final <sup>(10)</sup>. •

(1) V. l'actualité législative, et notamment les textes parus récemment en matière de crédit à la consommation (v. tableau « Veille normative » *infra* p. 4 et 5).

(2) La réparation du préjudice économique, Conférence de la Cour de cassation 2007, L. Aynès, « Risques, assurances, responsabilités » – Cass. 1<sup>re</sup> civ., 16 juill. 1998, n° 96-15380 : Bull. civ. 1998, I, n° 260.

(3) RDC 2009, p. 1032 et s., O. Deshayes.

(4) Lamy Droit civil, Actualité Responsabilité 2010, n° 70, P. Pierre ; « Les nouveaux usages de la perte de chance », P. Jourdain, RTD civ. 2010, p. 330 ; « La perte d'une chance, la bourse ou la vie », M. Mekki, Gaz. Pal. 9 déc. 2010, n° 343, p. 16 et s.

(5) P. Oudot, « La perte de chance : incertitudes sur un préjudice certain », *infra* p. 8.

(6) V. P. Pierre, *op. cit.*

(7) Proposition de reconnaissance d'un « préjudice d'impréparation » : D. 2009, p. 2971, « La perte d'une chance de ne pas cautionner ou l'indemnisation du hasard et des coïncidences », D. Houtcieff ; en matière médicale, non admis, cf. D. 1999, jur. p. 46, M. Penneau.

(8) J. Boré, « L'indemnisation pour les chances perdues, une forme d'appréciation quantitative de la causalité du fait dommageable », JCP 1974, I. 2620.

(9) Dossier « Mesure du risque et perte de chance », *infra* p. 7 à 20 (articles de P. Oudot, F. Juredieu et M. Roussille).

(10) Au sujet de la certitude de la lésion d'un intérêt, v. J. Gustin, G. Viney et P. Jourdain, *Traité de droit civil*, LGDJ, nos 275, 283 et 284.

## 2010 – Perspectives collaboratives



“ La crise est en effet source d'innovation, comme en témoigne le succès de cette « institution » originale ”

« Les crises de l'après-crise » <sup>(1)</sup> – crise sociale, crise d'excès d'épargne, crise de concurrence gagnante- révèlent que c'est aux entreprises privées et à « elles, seules, qu'il revient d'investir et de restructurer bien sûr, mais aussi d'envoyer des messages positifs à moyen terme ».

Coordination et collaboration des différents acteurs intervenant au soutien des entreprises sont appelées des vœux de M<sup>me</sup> le ministre d'État garde des Sceaux <sup>(2)</sup>, qu'il s'agisse du président du tribunal de commerce, du parquet, des cellules de soutien aux entreprises ou du médiateur du crédit, sujet du dossier de cette édition spécialisée. La crise est en effet source d'innovation, comme en témoigne le succès de cette « institution » originale, notamment via les collaborations générées et le besoin de droit exprimé pour accompagner l'innovation attendue <sup>(3)</sup>.

Diversification et collaboration sont également « booster » de croissance <sup>(4)</sup> pour la bancassurance, « historiquement et culturellement très intégrée » <sup>(5)</sup> en France, pour laquelle notamment les réformes « BIB » (bonheur intérieur brut) du ministère de l'Économie ouvrent des perspectives d'avenir <sup>(6)</sup>, dans l'ère du multi-canal, notamment avec internet, et de nouveaux partenariats afin de permettre au consommateur de comparer les offres, les tarifs « à portée de souris », mais sans doute difficilement compatibles avec l'adaptation personnalisée idéalement recherchée. Cette recherche de collaboration paraît aussi permettre de soutenir l'entreprise par la couverture des acteurs, notamment de l'industrie financière face aux risques opérationnels dans une économie faite de fluctuations extrêmes et laissant aux États leur rôle traditionnel d'aide aux victimes des catastrophes naturelles <sup>(7)</sup>.

Création, esprit d'équipe et collaboratif sont apparus au dernier Salon des entrepreneurs comme des valeurs fortes chez les jeunes créateurs. C'est cet état d'esprit nouveau qui doit également permettre la résolution des différends, en recherchant des solutions qui permettent de se projeter dans l'avenir plutôt que de détruire dans la nostalgie. Ces modes de résolution doivent donc être favorisés et la jurisprudence doit gérer pédagogiquement l'articulation entre le passé et l'avenir.

C'est cet état d'esprit collaboratif qui doit permettre de sortir de cette *extended period of time*, sans mousse <sup>(8)</sup>. ●

(1) J.-P. Betbèze, chef économiste et directeur des études économiques du Crédit Agricole SA, « Les crises de l'après-crise », 4 février 2010, www.agefi.fr.  
 (2) Notamment discours par Pascale Fombeur, Maison de la Chimie, Paris, 25 janvier 2010, Entretiens de la sauvegarde.  
 (3) Le Conseil national des barreaux, représentant la profession d'avocat, a signé le 5 février 2010, en la personne de son président, Thierry Wickers, la charte du tiers de confiance de la médiation avec le médiateur national du crédit aux entreprises, Gérard Rameix.  
 (4) Bancassurance : la diversification booste la croissance, dossier, La Tribune de l'Assurance, n° 145, p. 26.  
 (5) J. Vecchierini de Matra, délégué général du G11, La Tribune de l'Assurance, mars 2010, p. 29.  
 (6) Ci-après Actualités, loi Lagarde et son volet assurance-emprunteur.  
 (7) D. Zadjidenweber, *Économie des extrêmes, krachs, catastrophes et inégalités*, Champs Essais, éd. Flammarion, 2009.  
 (8) J.-P. Betbèze, « Sortir sans mousse ? », 26 novembre 2009, www.agefi.fr.

# Temps, mouvement et modulation : "Never say never"

« Le temps des juristes n'échappe pas plus que celui des médecins au grand principe de la relativité »

Jean Carbonnier (\*)

Le monde juridique bancaire est confronté à des réformes qui suscitent d'intenses réflexions pour adapter les pratiques à ces nouvelles règles de droit (sûretés, fiducie, procédures collectives, droit de la consommation...). Le rapport du groupe de travail de la Cour de cassation sur l'avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription <sup>(1)</sup> invite à une telle réflexion s'agissant d'un sujet au cœur du droit bancaire.

Le projet Catala constitue une étape importante d'un processus de remise en question d'un nationalisme du droit dont le rapport précité de la Haute juridiction souligne à quel point, s'il était maintenu, il « porterait un grave préjudice aux valeurs de notre droit... qui doivent être défendues dans le mouvement européen vers l'unification ».

Le vœu formulé par le groupe de travail de la Cour de cassation d'un aboutissement de la refonte des dispositions du Code civil dans un « délai raisonnable » est, avec grande sagesse, accompagné de celui plus précis d'une première étape qui pourrait porter sur la prescription extinctive.

Cette réflexion contribue à enrichir les décisions rendues par les juridictions des différents pays européens mais insuffisamment diffusées pour les praticiens, alors qu'une harmonisation pourrait également résulter de la pratique du droit comparé. C'est pourquoi nous avons sollicité des contributions européennes sur la jurisprudence relative à la responsabilité bancaire <sup>(2)</sup>.

Le lecteur y trouvera également la première partie de la chronique de jurisprudence française qui, avec la seconde à venir, permettront d'apprécier la façon dont les juridictions sont susceptibles de prendre en compte les réflexions menées dans cet environnement européen. Seront ainsi notamment examinées les récentes décisions sur les garanties <sup>(3)</sup>, l'octroi de crédit <sup>(4)</sup> et la prescription <sup>(5)</sup>.

On sait l'importance de la prescription extinctive pour assurer l'exigence de sécurité dans un monde en mouvement et le souci d'éviter que des décisions successives ne contribuent, avec rétroactivité, au « pouvoir enténébrant du temps » <sup>(6)</sup>, notamment dans cette matière que les rédacteurs du Code civil avaient pourtant voulue essentiellement légale <sup>(7)</sup>. Il y a lieu de doter un système juridique de l'élasticité nécessaire aux temps qui changent. « "Never say never" is a wise judicial precept... » <sup>(8)</sup>.

BÉNÉDICTE BURY  
Avocat associé  
B. Moreau-Avocats

(\*) Notes sur la prescription extinctive, RTD Civ. 1952, p 171.

(1) Le rapport est en ligne sur le site de la Cour : [www.courdecassation.fr](http://www.courdecassation.fr), « À la une ».

(2) Dont la seconde partie sera publiée dans les prochaines semaines.

(3) Notamment Cass. com, 12 juillet 2007, sur la possibilité pour une caution de se prévaloir d'une transaction conclue entre le créancier et un co-déjusseur, qui sera examinée par F. Boucard dans la seconde partie du numéro.

(4) Cass. ch. mixte, 29 juin 2007, Dalloz 2007, p. 2081, note S. Piedelièvre ; JCP, éd.G., n° 36, 5 septembre 2007, n° 10146, A. Gourio ; Dalloz 2007, n° 28, p. 1950, V. Avena-Robardet ; RDBF, juillet-août 2007, n° 148, p. 18, D. Legeais. Sur ces questions, v. égal. le dossier Devoir d'information du banquier, RDBF mai-juin 2007 ; Dalloz, n° 29/2007 emprunteur averti et responsabilité bancaire, et à paraître : F. Boucard, analyse générale de la responsabilité du banquier dispensateur de crédit, RDBF, novembre-décembre 2007.

(5) Notamment Cass. 1<sup>re</sup> civ., 12 juillet 2007, pourvoi n° 06-11.369, sur la prescription de la créance commerciale constatée dans un titre exécutoire ; sur cette question, v. B. Bury, Prescription extinctive, intervention et recouvrement d'une créance constatée dans un acte notarié, in L'avocat dans la cité, Lamy novembre 2006, p. 483 et s.

(6) Formule de Windscheid et Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts, 9<sup>e</sup> éd. 1906, p. 105 : « die verdunkelnde macht der zeit », cité par R. Wintgen, note sous Cass. ch. mixte, 26 mai 2006.

(7) J. Carbonnier, op. cit.

(8) Law Lord Nicholls of Birkenhead dans son opinion sur National Westminster Bank plc v. Spectrum plus Limited (2005 UKHL 41, § 41) jugée en 2005 par la Chambre des Lords et notamment citée dans Recours des tiers contre les contrats et modulation des changements de jurisprudence : « never say never », CE Ass., 16 juillet 2007, AJDA 3 septembre 2007, 1577, ou la naissance d'un droit transitoire de la règle jurisprudentielle, notamment le pouvoir de ne pas appliquer rétroactivement la nouvelle règle jurisprudentielle ; Chr. de Jur. adm. par F. Lenica et J. Boucher. V. aussi Ass. plén. 21 décembre 2006, n° 15, Dalloz 2007, jur. 835, note P. Morvan.

## L'exigence de cohérence

Émergence d'un principe, nouvelle grille de lecture d'ordre comportemental (1)... l'interdiction de se contredire (2) au détriment d'autrui, légitimée par la sécurité attachée à la stabilité et la constance du comportement (3) mais contredite par l'exigence de créativité et de liberté individuelle (4), vient semble-t-il de trouver un certain écho à la Cour de cassation : par un arrêt rendu le 8 mars 2005, la Chambre commerciale, au visa de l'article 1134, alinéa 3 du Code civil, a jugé que manquait à son obligation d'exécuter de bonne foi la banque qui fait fonctionner des comptes comme des comptes indépendants, adoptant ainsi « *un comportement incompatible avec l'application de la convention (d'unité de compte), dont (elle) a revendiqué ensuite le bénéfice* » (5).

On sait que l'interdiction de se contredire reçoit une application explicite en droit processuel : une partie ne saurait ainsi invoquer en cassation une argumentation contraire à celle qu'elle a précédemment soutenue (6). Cependant, l'existence en droit français d'un tel principe est discutée. On y trouve néanmoins des applications diverses aux fondements variés (7) : celui de la bonne foi permet de sanctionner les brusques changements de comportement du cocontractant qui constituent une situation imprévisible par la réclamation soudaine d'une clause alors qu'il avait pu créer la croyance légitime en une renonciation ; ceux de la bonne foi et de l'abus de droit permettent de sanctionner la rupture brutale de pourparlers, ou encore le consommateur qui se retranche derrière un formalisme pointilleux pour obtenir, après coup, des avantages qu'il sait n'avoir jamais été ni sollicités ni obtenus par lui (8). Le rejet par la Cour de cassation de l'action en responsabilité engagée par l'emprunteur (9), l'interdiction de se prévaloir d'une disproportion d'un engagement à ses propres revenus et patrimoine présentés par ceux-là même qui sollicitent la banque, ne procèdent-ils pas aussi de cette même règle de conduite, de cette cohérence essentielle, fondée sur la confiance, celle qui justifie le « crédit » ?

Comment ne pas voir dans l'arrêt du 8 mars 2005 la volonté exprimée de lutter contre l'incohérence du cocontractant par la recherche d'une articulation cohérente avec le principe de bonne foi sans déranger les *sleeping dogs* (10) ? La formulation retenue y invite et la Cour aurait pu, semble-t-il, choisir de se situer sur le terrain contractuel classique de la renonciation à se prévaloir du contrat, lequel dès lors n'avait plus vocation à s'appliquer.

On ne résiste pas ici à l'envie de citer le professeur Horatia Muir-Watt : ainsi, au regard du mouvement *Law and Economics* susceptible de légitimer la contradiction par l'effectivité économique (11), n'est-ce pas « *dans sa fonction révélatrice de la valeur que le droit privé français attache à la confiance d'autrui que réside (...) la véritable importance d'énoncer le principe de l'interdiction de se contredire au détriment d'autrui* » ? La confiance n'est-elle pas « *l'âme des contrats* » (12) ?

BÉNÉDICTE BURY  
 Avocat associé  
 B. Moreau-Avocats

(1) Horatia Muir-Watt, in L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui, sous la direction de Martine Behar-Touchais, *Économica*, 2000, p. 175.  
 (2) Le doyen Cornu a défini la contradiction comme « l'incohérence qui résulte de l'énoncé dans un même acte de deux propositions incompatibles », *Vocabulaire juridique*, PUF, 1998.

(3) Elles-mêmes exigences absolues du droit : v. Bruno Célice, *Les réserves et le non vouloir dans l'acte juridique*, LGDJ, 1998.

(4) L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui, sous la direction de Martine Behar-Touchais, *Économica*, 2000 ; notamment Corinne Saint-Alary-Houin, *Les contradictions légitimes en droit de l'entreprise*, p. 147 et s.

(5) Cass. com., 8 mars 2005, pourvoi n° 02-15.783, Dalloz en ligne, note X. Delpech.

(6) Pour un exemple récent : Cass. com., 14 décembre 2004, 02-17.012, arrêt n° 1040 (examen de la fin de non-recevoir tenant à l'irrecevabilité du grief pour être contraire à la thèse soutenue devant la Cour d'appel).

(7) Pour des exemples d'autres moyens d'appréhender les contradictions illégitimes en droit des contrats : V. Martine Behar-Touchais, op. cit., *Économica*, 2000, p. 83.

(8) B. Bury, C. Gory, *La transparence de l'assurance-vie en unités de compte*, *Gaz. Pal.*, ce numéro, p. 18. V. aussi l'analyse critique des « contradictions légitimes au détriment d'autrui en droit des contrats », Denis Mazeaud, travaux précités, note 1.

(9) François Boucard, *Les dix ans de la responsabilité du banquier envers l'emprunteur*, note sous Cass. 1<sup>re</sup> civ., 8 juin 2004, *Gaz. Pal.*, ce numéro, p. 26.

(10) Pour reprendre l'expression à laquelle le Professeur Horatia Muir-Watt a pu faire référence (cf. note 1).

(11) Théorie d'efficient breach, travaux précités, note 1 ; v. aussi numéro spécial droit des contrats de la Gazette du Palais des 9 et 10 mars 2005, consacré à l'analyse économique du droit et notamment à sa légitimité.

(12) Cornu, *RTD Civ.*, 1963, 574.