

RB

PRESSE

Décembre 2010

50 euros

revue-banque.fr

BANQUE & DROIT

la pratique du droit bancaire français et européen

Commissions interbancaires

Le modèle relationnel en danger ?

François SCHWERER

Docteur en Droit et Économie des entreprises
Directeur juridique, La Banque postale

Marie-Anne FRISON-ROCHE

Professeur des Universités à Sciences Po (Paris)
Directeur de *The Journal of Regulation*

Didier R. MARTIN

Agrégé des facultés de droit,
Professeur émérite

Jacques BICHOT

Économiste, professeur émérite
Université Jean-Moulin (Lyon 3)

HORS-SÉRIE

RB
REVUE BANQUE

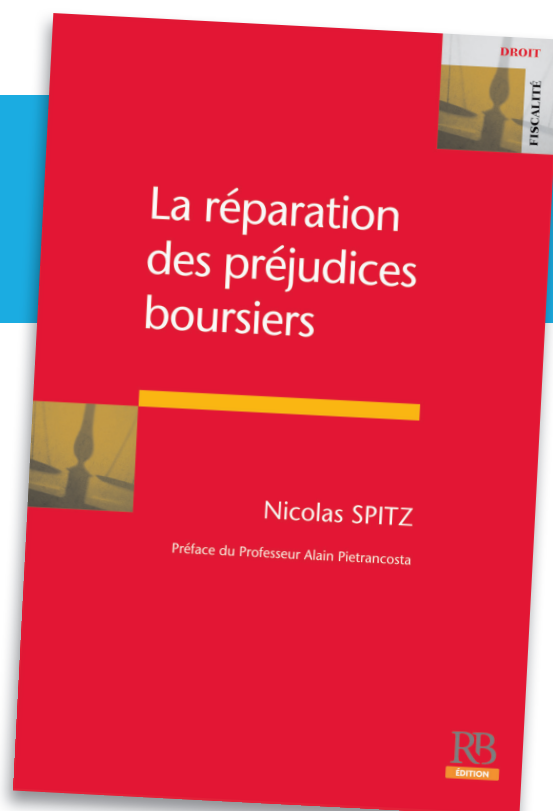
Presse · Séminaires · Édition · Librairie · Internet

Qu'est ce qu'un préjudice boursier ? Pourquoi les personnes qui en sont victimes doivent-elles être indemnisées ? Dans quelle mesure les spécificités de ces préjudices justifient-elles une adaptation du droit commun de la responsabilité civile ?

Après avoir traité ces questions préliminaires, cet ouvrage se poursuit par une analyse précise du droit substantiel de la réparation des préjudices boursiers : fautes, préjudices, liens de causalité.

Confrontée à des problématiques naissantes et à une jurisprudence française encore hésitante, la réflexion menée va au-delà de la simple analyse du droit positif et propose des distinctions et des méthodes d'évaluation des préjudices boursiers qui prennent en compte les dernières avancées de la théorie financière et qui appliquent avec rigueur les principes du droit de la responsabilité civile. Les « fautes par information » (opérations d'initiés) seront ainsi distinguées des « fautes par désinformation » (diffusion de fausses informations et manipulations de cours). La consécration de deux approches complémentaires de l'évaluation des préjudices boursiers par désinformation – les « préjudices de conditions » et les « préjudices de décision » – est également défendue.

Devant le constat du faible nombre d'affaires jugées par les tribunaux français, l'ouvrage approfondit ensuite les aspects procéduraux de la réparation des préjudices boursiers en identifiant les obstacles auxquels sont confrontées les victimes et en suggérant des pistes de réformes inspirées notamment par le droit américain.



LA RÉPARATION DES PRÉJUDICES BOURSISERS

NICOLAS SPITZ

Préface du Professeur ALAIN PIETRANCOSTA

496 pages, 65 euros

Nicolas Spitz

Docteur en droit, diplômé de Sciences Po Paris et titulaire d'un Master de Finance de la London School of Economics, Nicolas Spitz est avocat au Barreau de Paris. Il intervient en conseil et en contentieux dans le domaine du droit des affaires, en particulier sur les aspects réglementaires encadrant l'activité des acteurs bancaires et financiers. Cet ouvrage est issu de la thèse qu'il a soutenue en 2010 à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne.

Commander cet ouvrage sur Internet :
revuebanquelibrairie.com



« La monnaie n'est qu'une machine, mais une machine extraordinairement efficace. Sans elle, nous n'aurions pas atteint la croissance stupéfiante de la production et du niveau de vie que nous avons connue au cours des deux derniers siècles.

La monnaie a cependant une caractéristique que les autres machines n'ont pas. Comme elle est tout à fait universelle, quand elle se dérègle, elle jette du sable dans les rouages de toutes les autres machines ».

MILTON FRIEDMAN (1912-2006)

Commissions interbancaires

Le modèle relationnel en danger ?

François SCHWERER

Directeur juridique
La Banque postale

TEXTES INTRODUCTIFS DE :

Marie-Anne FRISON-ROCHE

Professeur des Universités
Sciences Po

Didier R. MARTIN

Agrégé des facultés de droit, professeur émérite

Jacques BICHOT

Professeur des Universités
Université Jean-Moulin Lyon 3

SOMMAIRE

- 6 LES COMMISSIONS INTERBANCAIRES, LE BRAS DE FER
ENTRE CONCURRENCE ET RÉGULATION
Marie-Anne FRISON-ROCHE
professeur des universités à Sciences Po (Paris), directeur de *The Journal of Régulation*
- 9 LE DROIT DE LA CONCURRENCE ET LE FLÉAU DU BIEN
Didier R. MARTIN, agrégé des facultés de droit, professeur émérite
- 11 DE LA THÉORIE MONÉTAIRE AUX COMMISSIONS INTERBANCAIRES
Jacques BICHOT, économiste, professeur émérite à l'Université Jean-Moulin (Lyon 3)
- 14 AVANT-PROPOS
- 17 INTRODUCTION
Du paiement par chèque
- I. L'OPÉRATION DE PAIEMENT N'EST PAS UNE OPÉRATION DE MARCHÉ
- 21 A. Le fonctionnement d'un marché libre
1. Le marché de concurrence pure et parfaite
2. La monnaie, condition de la liberté et de l'équilibre du marché
- 26 B. Les banques, intermédiaires de marché
1. Le rôle des banques dans le mécanisme de paiement scriptural
2. Une intermédiation qui n'est pas une confrontation
- 30 C. La fonction sociale de la monnaie
- II. PAS D'INSTRUMENT DE PAIEMENT SANS UN MOYEN
DE PAIEMENT PRÉALABLE
- 32 A. La nature juridique du paiement
1. L'instrument de paiement comme moyen d'extinction d'une dette
2. Divers instruments de paiement pour une seule monnaie scripturale
- 37 B. Le compte, réceptacle de la monnaie scripturale
1. La monnaie scripturale n'est pas un actif mais une dette
2. Le compte, moyen le plus efficace de faire jouer à la monnaie ses rôles d'instrument d'échange
et d'instrument de réserve de valeur
- 40 C. Une gamme complète d'instruments de paiement substituables
1. Pas d'instrument de paiement sans compte
2. Le choix entre les différents instruments de paiement

- 43 D. La nature des services rendus par la banque
1. Un seul service de caisse pour la circulation monétaire
 2. La circulation monétaire condition et non objet de l'échange
- 45 E. La solidarité interbancaire, reflet de l'unité fondamentale de l'écriture comptable
1. La symétrie du rôle des banques « payeuses » et des banques « payées »
 2. Tout paiement scriptural repose sur le transfert d'un risque
- 47 F. Les conditions du fonctionnement des comptes bancaires
1. La nécessaire « commission » interbancaire multilatérale
 2. Le compte, pivot de la relation de la banque avec son client

III. UN DÉBITEUR LIVRÉ À SON CRÉANCIER

- 50 A. Le consommateur final, débiteur indirect des coûts inhérents à la circulation monétaire
1. Les coûts bancaires, éléments des frais généraux des commerçants
 2. Une saine concurrence entre banques complémentaires ne peut reposer sur un prix de transfert imposé
- 52 B. Une hypothétique répercussion directe de la baisse des frais sur le consommateur
1. La suppression des commissions interbancaires, effet d'aubaine pour la grande distribution
 2. Le pouvoir de marché du consommateur face à celui de la grande distribution
- 54 C. Le rôle social de l'accès à la circulation monétaire
1. La gratuité du chèque
 2. Le coût social de l'usage des instruments de paiement
- 56 D. Les effets pervers d'une mauvaise analyse économique
1. L'atteinte au rôle de la monnaie comme instrument de mesure de la valeur
 2. Le besoin de transaction du consommateur face au besoin de spéculation de la grande distribution

IV. UN SYSTÈME INTERBANCAIRE QUI N'EST PAS ASSIMILABLE À LA PLATE-FORME D'UN MARCHÉ BIFACE

- 59 A. L'interbancaire fondement d'une coopération fondée sur la confiance mutuelle
1. L'interbancaire n'est pas réductible à une simple interopérabilité
 2. Si l'interopérabilité suppose la concurrence, l'interbancaire nécessite une régulation
- 62 B. La théorie de la plate-forme
1. La nécessaire coopération entre banques concurrentes ne leur confère pas les caractéristiques d'une « plate-forme » de marché
 2. La mise en œuvre ou non d'une commission interbancaire n'a aucune influence sur le fait qu'en face d'un « payé » il y a toujours un « payeur »

70 V. CONCLUSION

COMMISSIONS INTERBANCAIRES, LE BRAS DE FER ENTRE CONCURRENCE ET RÉGULATION

MARIE-ANNE FRISON-ROCHE

Professeur des universités à Sciences Po (Paris)
Directeur de *The Journal of Regulation*

Il est a priori difficile d'ajouter quelque chose à une étude qui a tout dit sur un sujet, sauf à se lancer dans le pléonasmisme. Certes, l'Autorité de concurrence a ranimé les braises de l'intérêt en condamnant un grand nombre de banques dont la Banque de France, pour entente sur le montant de la commission interbancaire concernant les échanges d'images-chèques (Décision n° 10-D-28 du 20 septembre 2010 relative aux tarifs et aux conditions liées appliquées par les banques et les établissements financiers pour le traitement des chèques remis aux fins d'encaissements, dite affaire des « images-chèques »). On ne peut être qu'impressionner par la convergence de la maîtrise historique, technique financière et juridique de ce qu'est l'opération du paiement bancaire. Dans un monde technique, que l'on ne nous décrit généralement que comme complexe que pour ne mieux s'exonérer d'en avoir une vision globale, fragmentation des perspectives et des savoirs qui ont eu un rôle déterminant dans la crise financière de 2008, cette étude fleure bon le XIX^e siècle, c'est-à-dire les moments où l'on prétendait comprendre et restituer les mécanismes dans leur intégralité.

Cette vertu, aujourd'hui très peu partagée, parce que l'on nous fait croire que la pertinence des propos suppose une spécialisation que l'on détecterait à l'étroitesse de l'approche, est ici parfaitement illustrée. Ainsi, on comprend tout de la commission interbancaire, en tant que celle-ci est en quelque sorte « incrustée » dans le système bancaire, c'est-à-dire dans les notions de paiement, de monnaie, de solidarité interbancaire et de compte.

Ainsi, l'étude démontre que l'opération de paiement n'est pas une opération de marché, l'intermédiation étant ce qui fait jouer la monnaie, fut-elle scripturale, laquelle constitue le fluide des marchés mais ne les constitue pas. Ainsi, l'instrument de paiement est un moyen d'éteindre la dette, ce qui sera opéré par le paiement lui-même, lequel

s'opérera à travers les jeux d'écriture entre les comptes tenus par les deux banques du tiré et du bénéficiaire. Sont particulièrement remarquables et justes les analyses civilistes faites du compte comme lieu de la relation entre le banquier et son client, compte à travers lequel s'opère tout paiement.

C'est ici que l'on peut mesurer que la compréhension d'un phénomène, parce que l'on a aujourd'hui segmenté à l'extrême les savoirs, ne peut être pertinente que si à rebours on puise dans une multitude de savoirs. Ce n'est pas tant que la réalité soit devenue plus complexe ; c'est qu'aujourd'hui les disciplines sont devenues plus émiettées. Ainsi, la notion de compte est une notion de droit civil, qui correspond à une universalité d'opérations et structure juridiquement une relation stable dans le temps entre la banque et son client. Le droit de la concurrence ne connaît pas et ne veut pas connaître le droit civil, la notion d'universalité et la notion de pérennité dans le temps que celle-ci implique. Dès lors, dès qu'une Autorité de concurrence cherche à restituer ce qu'est une relation entre une banque et son client, elle n'y voit qu'une série d'opérations émiettées, en discontinuité.

Plus encore, l'étude intègre le fait que le système bancaire est construit par le droit, alors que le marché des biens et services, qui demeure le modèle de référence pour les Autorités de concurrence se contente de disposer de droit de propriété et de pouvoir de s'engager pour les transférer. Or, comme le souligne parfaitement l'étude, le marché n'est pas concerné par les commissions interbancaires, ni au départ du processus, ni à la fin. En effet, la commission interbancaire s'attache à l'opération de paiement. Or, le paiement est ce qui dénoue les opérations de marché, grâce à la monnaie, et en cela celle-ci constitue bien la condition d'existence d'un marché, mais cela ne transforme pas pour autant l'opération de paie-

ment en marché lui-même. Soutenir une telle affirmation économique reviendrait à dire qu'exécuter les contrats constituerait un marché distinct de celui sur lequel les consentements se sont liés sur la chose et sur le prix, ce qui est évidemment faux. En effet, il y a fusion entre la monnaie et l'opération de marché, puisque la monnaie permet l'échange, donc la monnaie, fut-elle scripturale, par exemple un chèque, n'est pas un service mais l'exécution d'une obligation entre le tireur et le tiré, le tiré payant le tireur parce qu'il est son débiteur.

La seconde raison qui écarte le modèle du marché concurrentiel est que le secteur bancaire est un secteur régulé. Nul ne le conteste. Son régulateur en est la Banque de France, Autorité autonome, nul ne le conteste. Lorsqu'il s'est agi d'organiser, en même temps que le passage à l'euro, l'échange des images chèques il fallut mettre en place une organisation générale pour ne pas laisser ce qui aurait été spontanément des relations bilatérales, avec un transfert physique des chèques, avec des liaisons croisées entre toutes les banques, entraînant un surcoût considérable. C'est pourquoi le régulateur exerça son rôle pour ordonner le système et utilisa à cette fin sa puissance en organisant des réunions, dont des comptes rendus furent dressés et signés, pour construire un échange d'images chèques. Le surcoût est ainsi évité au consommateur.

L'Autorité de concurrence, parce qu'elle n'est pas une autorité de régulation, ne semble pas admettre, ne semble pas comprendre, ne semble pas vouloir comprendre, que les systèmes de régulation établissent à long terme des équilibres notamment pour simplifier une organisation, diminuer les coûts globaux. En l'espèce, parce que nous sommes en régulation, les commissions interbancaires ont été établies selon une méthode analogue à celle de la péréquation, parce que la régulation fonctionne à partir de cette technique de tarification et non pas par rapport à la notion de prix pour un service rendu. La démonstration comme quoi l'Autorité de concurrence refuse cette réalité, comme quoi le système des paiements bancaires est régulé, est que le régulateur bancaire lui-même, c'est-à-dire la Banque de France, qui ouvertement, puisqu'il estimait être dans son rôle et dans son devoir, a été pris à partie par l'Autorité de concurrence comme une banque ordinaire.

Nous avons ici une nouvelle démonstration comme quoi l'Autorité de concurrence, et c'est une remarque que l'on peut aussi formuler à l'encontre de la Commission européenne qu'à l'encontre de l'Autorité française, confond droit de la concurrence et droit de la régulation. En effet, le droit de la concurrence postule que le marché fonctionne correctement dès l'instant qu'il n'existe pas de barrière à l'entrée et que l'offre rencontre la demande, leur double élasticité permettant qu'apparaisse les prix d'équilibre. S'il advient un comportement anticoncurrentiel, l'Autorité de concurrence intervient à la suite, c'est-à-dire *ex post*, ponctuellement, pour prononcer une sanction ou apporter « un remède » afin que le marché soit restauré. Le droit de la concurrence qui est relativement peu puissant et qui ne construit rien, n'intervenant que ponctuellement et *ex post*, s'applique néanmoins à tout marché. À l'inverse, le droit de la régulation suppose des

secteurs ou des filières, ou des organisations qui par leur spécificité concrète exigent des équilibres que la concurrence ne peut pas atteindre (*Market Failure*). Dans un tel cas, une Autorité de marché spécifique est établie pour intervenir avant tout événement, donc *ex ante*, surveiller en permanence le secteur, la filière ou l'organisation, et établir puis maintenir l'équilibre permanent et instable entre principe de concurrence et un autre principe. Ainsi, on trouve de nombreuses décisions des Autorités de concurrence dans le secteur bancaire, car le principe de concurrence peut y trouver sa place, dans certains segments de valeur de la chaîne économique, mais il n'est pas prévalent. En effet, ce sont les principes de solidité et de garantie ainsi que d'ordre, qui n'est pas spontané et qui ne supporte pas la faillite d'un acteur puisque le secteur bancaire est caractérisé par un risque systémique, qui vont prévaloir.

Ainsi, lorsqu'il s'agit d'organiser les paiements sur des marchés, paiements qui constituent l'extinction des dettes et la réalisation des contrats, opérations entre le créancier et le débiteur, dont le banquier est l'intermédiaire par le fait de l'instrument de paiement, c'est à une organisation construite que nous avons à faire, sous-jacente et nécessaire au marché, mais ontologiquement distincte du marché.

Si l'Autorité de concurrence s'en saisit, c'est qu'elle a tendance à commettre une double erreur de perspective.

En premier lieu, l'Autorité de concurrence semble plonger la main à travers le marché dans la machinerie monétaire et bancaire qui soutient celui-ci. Cela tient sans doute au fait que d'une façon générale, les Autorités de concurrence s'analysent elles-mêmes de plus en plus comme des « Autorités de régulation horizontale ». Or, dans cette étude passionnante qui exploite notamment la nature du paiement, ce qu'est un instrument de paiement, un compte bancaire, le rôle de la banque par rapport à son client, la notion de compte, etc. n'apparaît pas toujours en pleine lumière, ce en quoi la banque est effectivement construite sur un « modèle relationnel », alors que le sous-titre de l'étude nous suggère que le *modèle relationnel* (serait) *en danger*. Nous reviendrons sur cette notion et la causalité de l'état du droit et des analyses économiques et ce possible danger à la fin de notre propre propos. À ce titre, l'Autorité de concurrence pourrait intervenir sur n'importe quel marché, ici en posant que le moyen de paiement constitue un marché, et en faisant une analogie contestable entre carte bancaire et image chèque, puis en se substituant aux Autorités sectorielles donc verticales, pour organiser d'une façon estimée plus performante et plus favorable au consommateur le secteur.

L'Autorité de concurrence se substitue de fait au régulateur sectoriel en anticipant par le biais de la sanction ce qui serait selon elle l'organisation adéquate des paiements dans la structure interbancaire. Ce faisant, elle dessaisit la Banque de France de son pouvoir de régulateur. Elle le fait avec d'autant plus d'assurance qu'elle l'a préalablement poursuivie comme étant partie à l'entente. On retrouve ici un mouvement naturel, décrit pour toute organisation par Max Weber notamment, selon laquelle tout titulaire d'un pouvoir va le déployer pour en accroître la puissance et la portée. Les organes communautaires

le firent ô combien, à travers par exemple les théories de l'effet utile ou de l'effet direct des directives ou à travers la hiérarchie des normes, imposée très précocement et d'une façon prétorienne. Mais, tout d'abord, une Autorité de régulation a moins de portée qu'une Autorité de concurrence car elle n'est que sectorielle, mais elle a plus de pouvoir qu'une Autorité de concurrence puisqu'elle construit le secteur. Par l'idée que les Autorités de concurrence sont insérées dans leur propre doctrine de régulation horizontale, elles se sont conférées sans limitation de portée puisque leur pouvoir s'étend à tout secteur, un pouvoir de fait de construction, puisqu'ici l'Autorité de concurrence déciderait ce qui conviendrait de mieux pour le consommateur en matière d'organisation des paiements, alors que le paiement n'est pas une opération sur le marché mais l'exécution d'une opération sur le marché et que le système des images chèques est une machinerie bancaire, sous-jacente au marché qui doit être ordonné d'une façon équitable entre les banques par le régulateur sectoriel, ce que n'est en rien l'Autorité générale et *ex post*.

En second lieu, et il convient ici de revenir au sous-titre de l'étude. Peut-on considérer que le « modèle relationnel serait en danger ? ». La théorie économique a distingué d'une façon générale et en s'appuyant plus particulièrement sur l'exemple bancaire, le contrat « *one shot* » du contrat relationnel. Le contrat « *one shot* » est celui qui met en présence deux parties en un instant ce qui correspond chez les juristes à l'image que prenait le professeur Mousseron pour illustrer le contrat comme un coup de foudre : ainsi, en un seul instant le contrat se forme et s'exécute, se noue et se dénoue. Les parties qui n'étaient pas en relation préalablement se quittent pour ne plus se connaître. Cela correspond parfaitement au contrat tel que le modèle économique du marché concurrentiel se le représente, tel que le professeur Paul Didier l'a désigné comme le contrat-échange, par opposition au contrat-organisation.

Mais, l'industrie bancaire n'a aucun intérêt à ce type de contrat, pas plus que le client car la relation établie entre le banquier et son client est à la fois une relation de confiance, un contrat fiduciaire dans lequel le client s'en remet au banquier et ce d'autant plus si celui-ci au-delà des paiements se charge d'investissements, ce qui suppose des relations d'informations réciproques. La

théorie économique a alors démontré que notamment l'industrie bancaire mais encore la solidité du secteur bancaire, dont le régulateur bancaire a la charge, et en corrélation la stabilité du système financier, ont besoin de contrats relationnels. Ces contrats relationnels doivent se développer dans le temps entre les mêmes parties, pour que l'asymétrie d'information se réduise et que la stabilité en devienne la marque, les successives opérations juridiques et économiques se faisant donc toujours entre les mêmes parties, ce qui stabilise le marché bancaire et financier.

Cette stabilité relationnelle, conceptualisée par l'économie, prend la forme juridique du compte bancaire. En effet, dès l'instant que le client a un compte dans la banque, c'est toujours à travers celui-ci que par l'usage des chèques, il opérera successivement les opérations. C'est le compte qui donc fait jouer à la monnaie à la fois son rôle d'instrument d'échange et d'instrument de réserve de valeur, puisqu'il reçoit la monnaie scripturale : il est l'expression juridique parfaite du contrat relationnel au sens économique du terme, qui caractérise les rapports entre les banques et les clients.

Les Autorités de concurrence, parce que leur modèle de référence est le marché concurrentiel et le droit de la concurrence, ne font pas place à la notion civiliste de compte et de cette universalité d'opérations qui stabilise la relation d'affaire dans le temps. En cela, par un effet mécanique, l'Autorité de concurrence infiltre dans le schéma bancaire l'atomicité des opérations et leur mobilité, alors que le secteur bancaire parce qu'il comprend un risque systémique intègre nécessairement ces éléments stabilisateurs méconnus que sont d'une part le compte comme une universalité qui englobe les opérations économiques ponctuelles et les aligne dans le temps, notamment à travers la notion de solde, d'autre part la notion d'organisation régulée qui soutient le marché des échanges par une organisation équitable entre les teneurs de ces comptes, qui assure la solidité et la sécurité du système, sous la surveillance de leur régulateur, la Banque de France.

On peut conclure de cette question particulière des commissions interbancaires que la confusion entre système de concurrence et système de régulation est particulièrement profonde et dommageable. ■

LE DROIT DE LA CONCURRENCE ET LE FLÉAU DU BIEN

DIDIER R. MARTIN

Agrégé des facultés de droit, professeur émérite

Le droit de la concurrence, droit de l'arrogance ? Sa prétention à se mêler de tout, à s'insinuer partout, tant dans l'ordre interne qu'europpéen, devient non seulement insupportable au citoyen, mais maléfique tant pour l'organisation du monde des affaires que pour la défense ultime des intérêts des consommateurs. Si l'arrogance, forme sophistiquée de la morgue, combine la prétention au mépris, telle paraît bien être, dans une large mesure, la marque du droit de la concurrence où le mépris du bon sens économique et du bien commun se drape d'une singulière fatuité à prétendre régir la vie des affaires et des gens. Sous prétexte de transparence démocratique, de protection de la société et de défense des sensibilités individuelles, on assiste, depuis quelques décennies, à une poussée liberticide qui confine la pensée, muselle la parole et bride l'action. Où il faut – hélas ! – voir l'œuvre insidieuse de la loi, mais aussi celle des « institutions » et « autorités » de contrôle que leur fonction militante rend adeptes du « toujours plus » et enclines, par autojustification, à en rajouter, même si les effets ultimes sont à rebours du but recherché. Ce syndrome bien connu, dit du fléau du bien¹, n'épargne pas le monde bancaire.

Un exemple prégnant de ce funeste péché d'orgueil est fourni par la directive européenne « sur les services de paiement », transposée en droit français par l'ordonnance n° 2009-866 du 15 juillet 2009². On sait qu'elle a pour objet de désolidariser les services de paiement des opérations de banque par nature, pour les ériger en activité autonome ouverte à des établissements non bancaires susceptibles, sur ce segment, de faire concurrence aux établissements de crédit. Il s'agit de permettre à des entités nouvelles, moins encadrées, d'assurer les services de transfert de fonds (les « paiements ») à des conditions tarifaires inférieures à celles du système bancaire. Or, il s'avère que les coûts de structure d'une telle activité, isolée, rendent les gains tarifaires illusoire, sauf si l'activité est exercée par une filiale... bancaire, tandis que la société mère compensera sa perte de lucre par une tarification de

la tenue de compte courant ! De plus, il est fonctionnellement contestable de vouloir séparer les « services de paiement » de la tenue des comptes auxquels ils se rapportent : ce qui multiplie les risques de mauvaise exécution, les complications de responsabilité et les incompréhensions d'une clientèle qui n'en demande pas tant, pour un gain imaginaire.

Cette douteuse innovation est, au surplus, très révélatrice de la contamination du système romano-germanique par une pernicieuse conception anglo-saxonne du rapport de la banque à sa clientèle. La conception continentale, de Hambourg à Palerme et de Brest à Cracovie, dite « relationnelle », est celle d'un rapport contractuel de service global fondé sur la confiance du client et sa connaissance par la banque ; de sorte qu'à 80 % environ, les clients restent durablement fidèles à leur banque, ce qui a le don d'irriter la commission européenne. Car, en son sein, prévaut une conception purement mercantile, à peu près déshumanisée, dite « transactionnelle », où la banque vend, à l'unité, des produits conçus et proposés dans un esprit de rivalité commerciale effrénée : au client se substitue un acheteur inconstant, pur sujet (jouet ?) de marketing, bref, un chaland. Dans cette vue des choses, toute activité, notamment l'activité bancaire, peut être subdivisée en autant de sous-activités autonomes qu'elle comporte d'opérations, de sorte que ces fractions de métiers soient exercées, séparément, par des entreprises à bas coûts hyperspécialisées : on atteindrait ainsi des noyaux insécables d'activité, horizon indépassable d'une concurrence pulvérisée dans un monde atomisé et mécanisé. Les services de paiement participent de cette fragmentation qui en annonce d'autres : entre opérations de paiement ; entre instruments de paiement ; etc. À quand le métier, exclusif et surconcurrentiel, de « routeur de virements » ?

Tout ceci est trop gros d'aberrations pour que l'efficacité économique et le bien-être social s'en trouvent améliorés.

Dans le fil de ces dérives, plusieurs banques françaises ont été récemment condamnées, par l'Autorité de la concurrence, au titre du grief d'entente du fait de l'instauration et de la perception, entre 2002 et 2007, d'une commission interbancaire pour l'échange d'ima-

1. Ph. Bénétou, « Le fléau du bien », R. Laffont, Paris, 1983.

2. D.R. Martin, obs., D. 2010, p. 1048.

ges-chèques. Le montant exorbitant de l'amende ainsi prononcée n'a d'équivalent que l'insatisfaction rationnelle provoquée par la décision.

L'intelligence, le savoir-faire et la coopération du système bancaire français l'ont porté à la pointe de la sophistication dans la conception et l'aménagement des instruments et des processus d'utilisation de la monnaie. L'interbancaire, par exemple, avait, à son avènement, vingt ans d'avance sur le reste du monde. On devine que des organisations de ce niveau d'intérêt général et de ce degré de coordination technique ne se mettent pas en place dans le désordre des initiatives individuelles et la diversité des schémas opératoires. Elles postulent une concertation lourde, lente, laborieuse qui détermine les concepts fondamentaux de la matière, exerce les choix offerts par les circonstances ou les moyens techniques, et arrête tant les conditions d'adhésion aux systèmes convenus que les normes de leur fonctionnement.

La mise au point et le déroulement des systèmes multilatéraux privés sont, par hypothèse, œuvre de coopération, d'harmonisation, de collaboration, bref, d'« entente ». Or, celle-ci, qui procède de la nécessité, relève de l'intérêt national et tend au bien public, n'est pas à comprendre au sens du droit de la concurrence ; elle n'entretient aucun rapport avec l'idée même de concurrence : nul n'y dispute un marché quand les acteurs de pareille entente s'accordent pour promouvoir ensemble un progrès technologique, fonctionnel ou social.

Certes, dira-t-on, mais, en l'espèce, la décision de l'Autorité de la concurrence n'est pas dirigée contre le système d'échange d'images-chèques, elle sanctionne la fixation coordonnée de la commission interbancaire correspondante. Comme si l'on pouvait, sans dommage, séparer les questions de coût de fonctionnement et de leur contribution, de l'accord général sur l'architecture, les modalités et les charges du système : sans ce commissionnement convenu, les banques s'échangeraient encore des tombeaux de chèques ! De plus, à raisonner et juger comme elle l'a fait, ladite Autorité permet d'augurer, au moins, deux indésirables conséquences.

En premier lieu, l'interdiction faite aux banques de convenir d'un montant unique, pour ce qui n'est pas un prix mais une condition d'équilibre des charges entre participants à un même système, va conduire à la mise en place de commissions « négociées » entre

tous les établissements de crédit et les établissements de paiement : soit, théoriquement, plus de 200 000 conventions ! Or, par le simple rapport des forces, les établissements les plus importantes, ceux qui ont les plus gros volumes de titres à présenter au paiement, vont bénéficier de conditions tarifaires plus avantageuses que celles des établissements plus modestes, dont les volumes sont beaucoup moins importants. Empêchés d'accéder à un service commun, d'intérêt général, pour un coût raisonnablement régulé par la profession, ces derniers en éprouveront un handicap concurrentiel sérieux : où le droit de la concurrence travaille à réduire l'offre en contribuant à l'élimination des moins forts. Quant aux établissements dominants, ils jouiront d'une véritable rente de situation qui constituera une « barrière à l'entrée ».

On sait, par ailleurs, que, par une étonnante singularité historique – à laquelle, du reste, la maladresse de la profession bancaire n'est pas étrangère – les formules de chèques doivent être mises gratuitement à la disposition des clients ; la loi impose, en France, de ne pas facturer aux utilisateurs cet instrument de paiement à un prix articulé sur son coût d'impression et de traitement. Or, la décision précitée aboutira, mécaniquement, à un résultat inverse. Toute chose ayant un coût, il faudra bien que le système d'échange d'images-chèques s'équilibre à nouveau. Dès lors, l'interdiction posée, au nom d'une défense exacerbée de la concurrence, de faire participer les banques « remettantes » aux frais supportés par les banques « payeuses » pour effectuer le règlement des chèques, conduira inéluctablement à augmenter les coûts des dites banques « payeuses » qui devront donc les répercuter indirectement à leurs propres clients. Ce qui – seconde conséquence fâcheuse – conduit inéluctablement à faire supporter aux consommateurs, et de façon opaque, une charge qui devrait normalement incomber aux grandes entreprises présentatrices, en particulier du secteur de la distribution.

Où l'on voit que dans le délicat aménagement des fonctions essentielles à la vie moderne et la formidable et subtile interaction des processus d'intérêt général, le droit de la concurrence ne saurait s'immiscer que d'un pied léger. Pourfendeur de comportements coupables, vicieux ou excessifs, on attend de lui plus de circonspection dans l'examen des ouvrages de fine broderie.

Ou qu'il laisse la place à la régulation qui, elle, sait mieux encore de quoi elle parle. ■

DE LA THÉORIE MONÉTAIRE AUX COMMISSIONS INTERBANCAIRES

JACQUES BICHOT

Économiste, Professeur émérite,
Université Jean Moulin (Lyon 3)

L'analyse économique des pratiques bancaires distingue classiquement deux modèles : transactionnel et relationnel. L'activité d'un trader, la quête des clients à qui faire acquérir le dernier « produit » lancé par la banque ou, côté ménages, la recherche d'un prêt immobilier par l'intermédiaire d'un courtier mettant les établissements en concurrence, illustrent le premier type de pratique. Le partenariat noué au fil de rapports suivis et, globalement, mutuellement profitables, caractérise le second. Or cette distinction ne s'applique pas seulement aux relations entre les banques et leurs clients ; elle est également pertinente en ce qui concerne les relations que les banques nouent entre elles, à commencer par celles qui leur permettent de faire fonctionner au service de tout le système des paiements scripturaux.

C'est à ce propos que François Schwerer nous livre une défense et illustration du « modèle relationnel ». Il estime que les attaques subies actuellement par la pratique des commissions dues à l'occasion des paiements par chèques aux banques tirées par les banques présentatrices reflètent une préférence pour le modèle transactionnel, et il entend montrer que ce modèle, en la matière, possède un concurrent mieux placé, qu'il serait contraire au bien commun d'évincer autoritairement. En quelque sorte, il suggère que ceux qui ont la concurrence pour oriflamme acceptent de soumettre leur modèle préféré à l'épreuve de la dite concurrence. Que chaque mode d'organisation abatte ses cartes, et que celui dont le jeu est le meilleur soit proclamé vainqueur : voici un langage que devrait entendre l'Autorité de la concurrence !

Pour départager les deux concurrents, il n'est pas inutile d'interroger l'analyse économique en général, et la théorie monétaire en particulier.

Le compteur monétaire

Qu'est-ce que la monnaie ? Une créance à vue sur une banque. Mais, dit J. Denizet, « *créance de quoi ? Une créance, c'est le droit de recevoir de la monnaie à une date donnée. Si la monnaie est une créance, c'est le droit de recevoir quoi ?* »¹ Ce

paradoxe condamne toute conception de la monnaie comme une chose, comme un bien². Même à l'époque de l'étalon-or, la monnaie scripturale constituait un ensemble de droits du titulaire de compte créditeur au sein duquel celui de recevoir des pièces d'or ne jouait pas le premier rôle. La banque s'engageait à exécuter les ordres de paiement de ses clients, dans la limite de leurs avoirs en compte ; c'est ce qui, en pratique, lui était le plus demandé.

Un auteur du XVIII^e siècle, F. Galiani³, a posé les bases d'une conception de la monnaie qui permet de comprendre tout à la fois le fonctionnement des banques médiévales et celui du système monétaire actuel. Il voit dans les pièces des sortes de jetons, auxquels peuvent être substitués des chiffres dans des livres, servant à limiter le droit d'appropriation de tout un chacun sur la production d'autrui au prorata des biens et services que lui-même met à la disposition de ses semblables. La contrainte budgétaire est ainsi placée en bonne position parmi les dispositifs qui organisent notre vie en société : chacun dispose d'un compteur, bourse ou compte en banque, qu'il faut remplir en se rendant utile si l'on veut pouvoir disposer d'une partie de la production des autres agents, car alors le compteur se videra.

La finance est composée des moyens mis en œuvre pour assouplir la contrainte budgétaire sans la faire disparaître. M. Allais⁴ aurait voulu que la finance soit totalement distincte de la monnaie, qu'un compte à vue ne puisse jamais avoir un solde négatif ni être crédité par le débit d'un compte de prêt (interdiction de la création monétaire). Mais l'organisation monétaire et financière n'a jamais été conforme à ses vœux. Le marchand banquier médiéval n'était pas seulement un teneur de comptes créditeurs ; il acceptait d'honorer des ordres de paiement allant au-delà de la provision, si bien que

1. « Monnaie et financement », Dunod, 1969, p. 15.

2. « Si la monnaie est ravalée au rang de simple marchandise, avec quoi l'évaluerait-on ? », écrit F. Schwerer au début de sa partie I, complétant ainsi le paradoxe de J. Denizet.

3. « Della Moneta », 1751.

4. Cet unique titulaire français du prix Nobel d'économie s'est éteint le 9 octobre 2010.

le dicton « *loans make deposits* » vaut pour le XIII^e siècle comme pour aujourd'hui. Le système bancaire assume de ce fait une fonction plus délicate que la seule tenue des comptes : il doit ne pas laisser des agents s'attribuer des parts de la production à l'aide de crédits qui ne seront jamais remboursés⁵.

Les paiements intervenant entre clients de banques différentes peuvent être ainsi schématisés : A, titulaire d'un compte à la banque T, est débiteur de V, client de la banque P⁶ ; il s'agit pour lui de faire créditer le compte de V d'une certaine somme. La créance dont A dispose sur la banque T n'est autre que le droit d'obtenir de cet organisme qu'il fasse le nécessaire pour satisfaire V, et plus généralement toute personne désignée par A, dans la limite de la provision existante. T doit à son client A non pas de la monnaie, ce qui ne voudrait rien dire, mais l'exécution de tout ordre visant à faire créditer un autre compte par le débit de son compte, dès lors que le montant de ce débit n'excède pas celui du solde créditeur⁷.

Autrement dit, la monnaie-dette n'est qu'accessoirement une obligation de rembourser ; elle est plus fondamentalement une obligation d'exécuter des opérations de paiement, lesquelles consistent le plus souvent à faire créditer un compte sur les livres d'une banque autre que celle du donneur d'ordre. Cela signifie que la coopération entre banques est la condition *sine qua non* de l'existence de la monnaie scripturale. Concurrentes pour ce qui est d'attirer les déposants et les emprunteurs, les banques sont partenaires quand il s'agit de s'acquitter de leurs obligations envers leurs clients titulaires de comptes à vue.

Des concurrents partenaires

En 2001, dans un article intitulé « L'essor du partenariat transforme la concurrence »⁸, parmi divers exemples de coopération entre concurrents je prenais celui des banques de dépôt, écrivant : « *Aucun établissement ne pourrait exécuter l'ordre d'un client qui veut payer un créancier ayant son compte dans une autre banque s'il n'entretenait des liens avec celle-ci : la compensation bancaire est un cas typique de collaboration entre sociétés qui, par ailleurs, cherchent à se "chiper" leurs clients.* » Je citais également les opérateurs téléphoniques, les fournisseurs d'accès Internet, les constructeurs automobiles qui créent des filiales en joint-venture pour fabriquer des composants communs, etc. Une telle coopération compétitive est aussi la règle dans une grande partie du monde du travail : X, Y et Z collaborent au sein du même service, traitent chacun la partie d'un même ouvrage qui correspond à leur spécia-

lité, tout en sachant que, le jour venu, un seul d'entre eux obtiendra la direction du dit service.

Ces références au travail ne sont pas anecdotiques. Les clients d'une grande entreprise pâtissent souvent des dissensions qui se produisent entre les différents services auxquels ils ont affaire : vente, études, fabrication, livraison, après-vente, comptabilité. Ce qu'ils voudraient, en passant commande, c'est qu'ensuite tout se déroule sans que la division du travail interne à l'organisme fournisseur soit pour eux une source de soucis et de déboires. Si les services et les départements s'affrontent comme des concurrents au moment où ils devraient collaborer pour donner satisfaction au client, bonjour le service rendu ! La théorie de la firme a fait l'objet de suffisamment de travaux, depuis près d'un siècle, pour que l'on sache qu'en de nombreuses circonstances l'organisation est plus performante que le marché, voire même fournit seule une réponse adéquate : si tel n'était pas le cas, il n'existerait quasiment que des travailleurs indépendants.

Or la personne A qui sort le carnet de chèques ou la carte de paiement que sa banque T lui a remis est dans la même situation que lorsqu'elle entre en contact avec le service commercial d'une entreprise : T est pour elle le point d'entrée dans le système des paiements scripturaux, tout comme le service commercial est le point d'entrée dans une organisation dont elle n'attend pas seulement qu'elle lui décrive un produit et lui fasse signer un bon de commande. T s'engage à ce que d'autres établissements effectuent la partie du travail qui leur incombe, exactement comme le service commercial doit faire en sorte que le produit attendu par le client soit fabriqué, livré, facturé, et le cas échéant dépanné.

Il en va de même pour V qui reçoit un chèque ou programme le boîtier électronique sur lequel, en introduisant sa carte et en pianotant son code, son débiteur donnera l'ordre de paiement. Que la banque P de son débiteur soit concurrente de la sienne, il n'en a, dirait un ancien Premier ministre, « rien à cirer ». Sa banque T est engagée envers lui à faire le nécessaire, à elle de se débrouiller.

Et de fait les banques se débrouillent. Ni A ni V n'ont à se préoccuper des opérations interbancaires qui aboutissent au débit du compte de l'un chez T et au crédit du compte de l'autre chez P, la coopération bancaire y pourvoit.

L'organisation de la coopération bancaire

Reste à organiser au mieux cette coopération. Les établissements sont liés par une sorte de pacte : la communauté bancaire a ses règles, les unes écrites, les autres coutumières. Certains rapports entre ses membres sont de type marchand, avec une négociation au coup par coup : c'est par exemple le cas des transactions effectuées sur le marché monétaire. D'autres donnent lieu à des facturations basées sur des tarifs en quelque sorte administratifs, établis non par négociations bilatérales, mais par accord au niveau de la profession dans son ensemble. Ainsi une commission d'échanges d'images-chèques au profit de la banque du débiteur a-t-elle été instituée, dont le montant est actuel-

5. *A fortiori* ne doit-il pas les y inciter ; c'est en cela que la distribution des prêts *subprime* a enfreint la loi naturelle qui devrait inspirer la réglementation bancaire.

6. A comme acheteur, T comme tirée, V comme vendeur, et P comme présentatrice, conformément au schéma du paiement par chèque de F. Schwerer.

7. Cette condition peut être levée par une autorisation de tirage à découvert, forme élémentaire de l'assouplissement de la contrainte budgétaire qui est l'essence même de la finance.

8. J. et T. Bichot, *Le Figaro Économie*, 19 janvier 2001.

lement fixé à 0,043 €. Mais l'autorité de la concurrence, saisie par la Fédération du commerce et de la distribution, et confortée par la position de la Commission européenne, voit dans cette manière de procéder une « entente » débouchant sur un « monopole bancaire ». Autrement dit, cette institution voudrait que les banques négocient de manière bilatérale les conditions de leur coopération, au lieu d'accepter un tarif commun.

Un tel changement aurait pour effet d'augmenter sensiblement les frais de transaction. En effet, au lieu d'un seul tarif, pour N banques il en existerait $N(N-1)/2$, et chacun de ces tarifs pourrait être rediscuté à tout instant. Or on sait – et les entreprises de la grande distribution sont particulièrement bien placées pour cela – que l'on réduit fortement ces coûts en édictant un tarif non négociable : imagine-t-on ce qu'il faudrait comme personnel dans les hypers et supermarchés si chaque article pouvait faire l'objet d'un marchandage ?

Par ailleurs, la négociation collective est une pratique qui, sans être nécessairement optimale dans tous les cas, ne fait pas l'objet d'une interdiction par les instances européennes pour atteinte à la libre concurrence sur le marché du travail. Certes, la Révolution française aurait voulu exclure par principe toute substitution d'un accord collectif à la libre négociation du salaire, entre l'employeur et l'employé. Mais depuis lors on a compris que la négociation bilatérale permanente peut présenter de sérieux inconvénients, notamment lorsque les deux protagonistes n'ont pas du tout le même « *bargaining power* » ; on sait qu'entre une fixation autoritaire de tous les salaires par l'État et une négociation bilatérale pour chacun d'entre eux, il existe des formules intermédiaires présentant divers avantages.

Efficiencia de la solución retenida

Les banques pourraient, en théorie, s'abstenir de toute commission interbancaire. Pourquoi ont-elles retenu cette formule selon laquelle la banque du bénéficiaire doit quelques centimes à celle du payeur ? Probablement parce la loi impose la gratuité du paiement par chèque, tandis qu'il est permis de facturer les principaux « remettants », les commerçants. C'est donc logiquement aux banques qui se font rémunérer par les bénéficiaires des paiements, de reverser (sous une forme forfaitaire) une part de leur recette à celles qui rendent gratuitement une partie du service de gestion des opérations de paiement. La commission interbancaire permet à la banque tirée de recevoir (sous une forme forfaitaire) une partie de la commission d'encaissement perçue par sa consœur.

Cette organisation de la coopération interbancaire a-t-elle pour effet de rendre les services de paiement par chèques moins performants ? Il ne semble pas. La fiabilité des opérations est bonne, et leur rapidité s'est accrue. Quant au coût, à la différence de celui des services financiers, qui atteint des niveaux déraisonnables du fait de la multiplication des produits constituant de véritables miroirs aux alouettes, celui des paiements par chèques a diminué grâce à la télématique et se situe à un niveau modique.

Ce coût est supporté en partie par les titulaires de comptes de dépôts, du fait qu'ils ne perçoivent pas d'intérêts créditeurs ; et en partie par les agents qui disposent de comptes courants, sous forme de commissions. Ces modalités posent certes des problèmes, par exemple l'émission de trop nombreux chèques de faible montant ; mais ces problèmes sont modestes en comparaison de ceux qui résultent par exemple des tarifs forfaitaires pratiqués par les fournisseurs d'accès à Internet, pratique qui encourage l'encombrement des réseaux par des messages lourds ou dupliqués des milliers de fois, et dépourvus d'utilité, qui infligent aux internautes de gros gaspillages de temps.

En définitive, F. Schwerer a raison de dire que, s'agissant des paiements par chèques, « il n'est nullement question [pour les banques] de rivaliser avec un concurrent, mais à l'inverse de s'entendre avec un partenaire sur lequel on doit pouvoir compter en toutes circonstances. » Quand A paye V, le service est rendu au couple (A et V) par le couple (T et P) formé de leurs banques respectives ; il n'y a pas plus de concurrence entre T et P qu'entre A et V.

L'étude de F. Schwerer, si elle évite à l'Autorité de la concurrence de se fourvoyer, et de nuire ce faisant à l'intérêt général, sera fort utile. Mais surtout elle illustre une vérité dont il serait bon de prendre très largement conscience : le marché et la concurrence ne constituent pas l'alpha et l'oméga de l'économie, ni même des échanges ; il existe dans notre vie économique et sociale quantité d'échanges hors marché, de contrats à long terme, de conventions durables, d'accords de coopération ou de partenariat, qui façonnent notre interdépendance. Les marchés eux-mêmes ne fonctionneraient pas sans le soutien de ces pratiques relationnelles, notamment parce que l'organisation monétaire, dont ils ne sauraient se passer, requiert d'autant plus de coopération qu'elle n'est pas entre les mains du seul État mais fait une large place à l'initiative privée. L'aveuglement de ceux qui ne veulent rien d'autre que des marchés fait le lit de l'étatisme. ■

AVANT-PROPOS

Le 18 mars 2008, onze établissements de crédit français, plus la Banque de France, ont reçu de la part du Conseil de la concurrence une notification de griefs « relative à la situation de la concurrence concernant les tarifs et les conditions liées appliqués par les banques et les établissements financiers pour le traitement des chèques remis par les entreprises aux fins d'encaissement ». Aux termes de cette notification, les établissements visés (en pratique uniquement des banques) se sont vus reprocher de « s'être entendus dans le cadre de la commission inter-réseaux pour créer une commission d'échange d'images-chèques et en fixer en commun le montant à 0,043 € par chèque circulant » et pour s'être aussi « entendus dans le cadre de la commission inter-réseaux pour créer des commissions interbancaires représentatives de services rendus et en fixer en commun le montant ». Dans sa décision n° 10-D-28 du 20 septembre 2010 qui en a découlé, l'Autorité de la concurrence a condamné lesdits établissements « au titre du grief d'entente du fait de l'instauration de la Commission interbancaire pour l'échange d'images-chèques (CEIC) et de la perception de cette commission du 1^{er} janvier 2002 au 1^{er} juillet 2007 »¹.

Parallèlement, le 24 mars 2009, la Commission européenne, par l'intermédiaire des deux commissaires à la concurrence et au Marché intérieur de l'époque, Neelie Kroes et Charlie McCreevy, a annoncé que la commission interbancaire prévue pour rémunérer la banque du débiteur dans la mise en œuvre des prélèvements transfrontières serait interdite à partir de 2012. Cette position a été confirmée par le Parlement européen dans sa séance du 24 avril 2009².

1. Art. 1^{er} de la Décision.

2. Dans son article 2, le projet de règlement relatif aux prélèvements transfrontières adopté par le Parlement européen définit l'« opération de paiement » comme « une action engagée par un payeur ou par un bénéficiaire ou par l'intermédiaire d'un bénéficiaire, consistant à verser, transférer ou retirer des fonds indépendamment de toute obligation sous-jacente entre le payeur et le bénéficiaire ». Cette définition, qui figurait déjà dans la directive services de paiement, ruine la notion fondamentale du droit français qu'est la « cause ». Comme, en vertu de ce même article, le « prélèvement » est défini comme étant une opération de paiement « engagée par le bénéficiaire sur la base du consentement donné par le payeur au bénéficiaire, au prestataire de services de paiement du bénéficiaire ou au propre prestataire de services de paiement du payeur », c'est la notion même de « compte de dépôt » – et le mandat subséquent donné pour restituer les fonds du déposant entre les mains de son créancier pour permettre l'extinction de la dette – qui est bousculée.

L'annonce des deux commissaires est intervenue quelques jours après que la Fédération des entreprises du commerce et de la distribution (FCD) avait porté plainte auprès de l'Autorité de la concurrence en France, contre les pratiques mises en œuvre dans le secteur des moyens et instruments³ de paiement du fait des commissions interbancaires. Le 14 avril 2009, l'Autorité de la concurrence – qui, entre-temps, avait succédé au Conseil de la concurrence – a, dans ce cadre, interrogé les banques sur toutes les commissions interbancaires existantes, qu'elles soient bilatérales ou multilatérales. Le 20 avril 2009, la Commission européenne a annoncé le lancement d'une étude concernant « l'identification et la mesure des coûts et bénéfices relatifs aux divers moyens de paiement pour le commerçant »⁴. Le 29 janvier 2010 l'Autorité de la concurrence a commencé à instruire la plainte de la Fédération des entreprises du commerce et de la distribution (FCD) relative « à certaines pratiques mises en œuvre dans le secteur des moyens de paiement du fait de la conception, de la création et de la mise en œuvre de commissions interbancaires multilatérales applicables aux moyens de paiement utilisés en France ».

Début avril 2009, la Commission européenne a adressé à Visa une « communication de griefs » lui reprochant les « commissions multilatérales d'interchange » qui « nuisent à la concurrence entre banques, accroissent le coût d'acceptation pour les commerçants et augmentent le prix final payé par les consommateurs »⁵. Le 15 juin 2009, ce fut au tour d'Euro-

3. Dans tout le corps de notre étude nous appellerons « moyen de paiement », tout actif dont la remise par un débiteur à son créancier éteint la dette (monnaie fiduciaire ou monnaie scripturale) et « instrument de paiement », le véhicule qui permet à la monnaie scripturale de circuler (chèque, virement, prélèvement, carte de paiement...). Nous ne ferons pas allusion, quoique ce soient bien des « instruments de paiement » obéissant strictement aux mêmes règles, ni aux lettres de change ni aux billets à ordre. En effet, ces instruments sont utilisés dans des rapports entre deux commerçants et non dans les rapports entre un « particulier-consommateur » et un commerçant. Ils ne permettent pas de mobiliser des sommes déposées sur un compte de dépôt mais uniquement sur un compte courant. Or, toutes les affaires instruites aujourd'hui par les autorités de concurrence concernent exclusivement les paiements d'opérations conclues entre un commerçant et un consommateur et donc payée à partir d'un compte de dépôt.

4. IP/09/601.

5. Selon l'Agefi Hebdo (du 7 au 23 mai 2009), Visa a répondu que « la suppression de l'interchange en Australie s'est traduite par une augmentation de

Commerce de porter plainte contre Visa Europe pour les commissions d'interchange payées par les banques des commerçants aux banques des porteurs de cartes. EuroCommerce entendait ainsi accéder au dossier bien sûr. Mais surtout EuroCommerce souhaitait que la Commission européenne prenne, vis-à-vis de Visa, la même mesure que celle prise à l'encontre de MasterCard en décembre 2007 quand elle a imposé qu'il soit mis fin aux commissions d'interchange sur les paiements transfrontières.

Dans chacune de ces affaires la motivation de toutes les autorités de concurrence est la même⁶ : en mettant en place une commission interbancaire multilatérale, généralement payée par la banque du créancier à la banque du débiteur, les banques s'entendent pour interdire de facto, aux banques gérant les comptes des grands commerçants, de descendre dans leurs négociations tarifaires au-dessous d'un certain seuil constitué par le montant de cette commission interbancaire. Dès lors, les acteurs du grand commerce « sont obligés » de répercuter ce coût dans les prix qu'ils pratiquent vis-à-vis des consommateurs. Selon la doctrine établie par la Commission européenne dans le cadre de sa décision MasterCard du 19 décembre 2007 : « la concurrence entre les banques acquéreuses, en gonflant la base sur laquelle ces dernières se fondent pour fixer les frais imputés aux commerçants, [conduit] ainsi à établir un niveau plancher pour ces derniers. Si ces commissions multilatérales d'interchange n'existaient pas, les prix appliqués par les banques acquéreuses seraient inférieurs, ce qui favoriserait les commerçants et leurs clients »⁷.

Dans tous les cas, l'autorité de concurrence saisie, qu'elle soit nationale ou européenne, considère que l'opération de paiement proprement dite se déroule sur un marché entre une banque qui « offrirait » le paiement et une banque qui « demanderait » ce paiement et que dès lors tout accord intervenant sur ce marché est

nécessairement une entente⁸ illicite per se⁹. Elle refuse donc à cet accord son caractère coopératif nécessaire pour permettre aux banques d'offrir ensemble aux autres agents économiques une seule et unique prestation de service, indispensable à l'existence même de tous les marchés, et qu'aucune ne peut rendre seule (I).

Dans tous les cas aussi, cette analyse des autorités de la concurrence suppose que chaque instrument de paiement est générateur d'un marché en soi, indépendant des « marchés » des autres instruments de paiement – ce qui est incompatible avec la notion de « surfacturation » que promeut la même commission. Si l'on autorise les commerçants à « surfacturer » certains instruments de paiement plus que d'autres, afin de leur permettre d'envoyer un « signal » aux consommateurs sur l'efficacité comparée de chacun d'eux, c'est que ces instruments présentent bien une même utilité pour le consommateur, qu'ils sont interchangeable et donc qu'ils appartiennent à un même marché. Cette analyse des autorités de concurrence a surtout pour effet de ruiner totalement la notion de compte bancaire en la vidant de sa substance, tant d'un point de vue économique que d'un point de vue juridique. Elle anéantit le modèle relationnel de banque, tel qu'on le connaît en France, et qui privilégie le service au client pour promouvoir un modèle transactionnel dans lequel chaque banque chercherait à vendre des « produits » indépendants les uns des autres au plus grand nombre possible de chaland (II).

De plus, chacune de ces autorités de concurrence est en principe chargée de défendre les intérêts des « consommateurs ». Or, ces « consommateurs » sont considérés comme des agents économiques rationnels qui ne prennent aucune décision affective et qui sont prêts à choisir l'instrument de paiement le plus efficace d'un point de

la cotisation carte et par un appauvrissement des programmes de fidélité sans réduction des prix. Autre exemple au Danemark où l'absence d'interchange a conduit une partie des commerçants à pratiquer une surcharge sur les transactions réglées par carte, et provoqué une baisse générale de la consommation affectant tous les commerçants. Visa évoque également ses propres sondages montrant que les consommateurs préfèrent revenir au paiement en espèces plutôt que de payer une éventuelle surcharge, alors que la carte est devenue le moyen de paiement préféré des Français et des Britanniques. Enfin, et c'est sans doute le principal argument, ces commissions servent d'abord à investir pour la sécurité et la fiabilité du système de paiement, sans oublier le financement d'une innovation foisonnante ». Le 5 novembre 2009, *Le Point*, citant le rapport du cabinet de conseil CRA International, a précisé à propos de l'exemple australien que « la plupart des commerçants n'ont jamais répercuté la baisse, tandis que les émetteurs de cartes, pour compenser le manque à gagner, ont relevé les frais facturés à leurs débiteurs. Après l'adoption de la loi, la cotisation a augmenté de 22 % pour s'établir en moyenne à 25,05 \$. Sur les cartes "à primes", elle a fait un bond de 77 % depuis que les entreprises émettrices ont vu leurs rentrées d'argent diminuer. Comme aux États-Unis, les émetteurs australiens prélevaient généralement des frais de transaction plus élevés sur les cartes "à primes", pour couvrir les coûts supplémentaires que font naître les prestations offertes ».

6. Ce qui est normal puisque ces affaires ont été discutées au sein de groupes de travail réunis en 2008 par le Réseau européen de la concurrence (rapport sur la politique de concurrence en 2008, Commission européenne, 23 juillet 2009, point 112).

7. Point 664.

8. Selon le rapport de la Commission européenne sur la politique de concurrence en 2008 (publié le 23 juillet 2009), « les ententes comptent parmi les infractions au droit de la concurrence les plus graves. Elles protègent leurs participants de toute concurrence, leur permettant de pratiquer des prix plus élevés, de limiter leur production et de se répartir les marchés » (5). Mais, les participants à une entente prohibée sont toujours des entreprises concurrentes qui offrent le même produit ou service. Dès lors, celle qui vend une unité le fait au détriment de tous ses concurrents. Dans la mesure où les concurrents offrent bien le même produit, chacun, pour chercher à emporter le marché, est naturellement porté à en améliorer la qualité et / ou à en diminuer le prix. On comprend alors qu'une entente puisse avoir pour objet d'empêcher cette baisse « naturelle » des prix. Mais dans les opérations de paiement, nous ne sommes pas en présence de ce type de relation. Les banques « remettantes » et les banques « payeuses » ne sont pas en concurrence les unes avec les autres ; à l'inverse elles sont complémentaires car aucune ne peut rendre seule l'intégralité du service. Et c'est parce qu'elles se livrent une très vive concurrence pour attirer soit la clientèle d'entreprises (à qui il faut offrir le meilleur rapport qualité / prix pour le traitement de la remise) soit la clientèle de particuliers (à qui il faut offrir le meilleur rapport qualité / prix pour dénouer l'opération de paiement) que l'objet même des accords interbancaires est d'améliorer la partie du service global qui permet ensuite à chacune de faire valoir auprès de sa propre clientèle ses qualités particulières.

9. Mais aucune des autorités de concurrence ne s'est livrée à une analyse économique et juridique complète. Elles ont toujours toutes tenu pour acquis le fait que les relations interbancaires, nouées à l'occasion de l'exécution des ordres de paiement, étaient des opérations de marché et que donc toute entente entre banques sur leur mise en œuvre était contraire à l'exercice d'une saine concurrence. Cependant, « afin de déterminer si le comportement d'une entreprise restreint la concurrence, il est indispensable de présenter une théorie claire et cohérente qui explique comment les faits reprochés peuvent porter préjudice aux consommateurs. En outre, cette théorie d'atteinte à la concurrence ("theory of competitive harm") doit être vérifiée en la confrontant aux faits et aux caractéristiques économiques spécifiques du marché en question » (F. Rosati, in « Concurrences », n° 4, 2008, p. 27 et s.).

vue économique, à condition que les commerçants (parfaitement rationnels eux aussi et n'ayant aucun intérêt à biaiser le mécanisme) puissent leur en transmettre la connaissance uniquement via une discrimination par le prix. C'est pourquoi elles traitent de la même manière toutes les relations entretenues par les banques avec chacun de leurs « acheteurs de produits ou services », qu'ils soient « payeurs » ou « payés », ignorant par le fait même qu'ils sont au préalable « débiteurs » ou « créanciers » l'un de l'autre – dans le cadre d'une opération sous-jacente – et qu'ils n'ont pas tous le même « pouvoir de marché ». Mais, avec un tel raisonnement, la notion même de « client » disparaît totalement au profit de celle de « consommateur ». Cette dérive sémantique n'est pas neutre car, si le « client » entretient nécessairement une relation de confiance avec son fournisseur habituel, le « consommateur » n'est que la personne qui acquiert un bien ou un service pour le détruire et achever ainsi le cycle économique élémentaire. Autrement dit, les autorités de la concurrence raisonnent dans le cadre d'un monde fictif – qu'elles présentent comme idéal – et ne tiennent pas compte des réalités de la relation de clientèle, entre consommateurs et fournisseurs, alors même que leur rôle est de défendre les consommateurs réels et non un consommateur théorique inexistant. Dans l'immense majorité des opérations le débiteur est un particulier, sans pouvoir de marché vis-à-vis des banques alors que le créancier est une grande entreprise ayant un pouvoir de marché souvent supérieur à la banque à laquelle elle s'adresse – et possédant d'ailleurs bien souvent une banque captive à qui elle ne fait jouer aucun rôle dans l'encaissement des moyens et instruments de paiement¹⁰ quoique cela fasse partie intégrante de leur objet¹¹ (III).

Enfin, ces autorités de concurrence assimilent l'ensemble des banques à une « plate-forme » unique d'un

10. Dans le numéro 92 de la *Revue d'économie financière*, le directeur général de la Banque Accord (filiale du groupe Auchan), D. Guernonprez, a expliqué la stratégie de son établissement : « À l'origine, dans les années 80, il s'agissait de faciliter l'acte d'achat et de fidéliser la clientèle en l'équipant d'une carte de crédit qui servait aussi de support au programme de fidélité maison. [...] Ensuite, à la fin des années 90, compte tenu du poids grandissant des services dans la consommation des ménages, les grands distributeurs étoffèrent leur gamme de services afin de compenser la baisse relative des dépenses alimentaires. [...] Depuis 2005, l'éclosion du e-commerce bouleverse le paysage de la grande distribution en amenant les grands distributeurs à opter pour une stratégie multicanal. Les enseignes ont pris alors conscience du formidable enjeu que représentait la gestion de la relation client et de la nécessité de passer d'un marketing centré sur l'offre de produit vers un marketing client. Or, ce sont les banques issues du commerce qui sont les mieux positionnées pour enrichir une relation client qu'elles gèrent depuis vingt ans. Elles permettent aussi à l'enseigne de facturer directement les autres services vendus par les magasins comme la téléphonie, les services à domicile, l'eau, le gaz, l'électricité » (p. 85, 86). Ces banques veulent donc bien encaisser des virements automatiques et autres prélèvements (via le GSIT), mais pas des chèques (via le même GSIT)... Quant à l'arrivée du SEPA que souhaitent les banques de la grande distribution, il permettra, toujours selon D. Guernonprez de « réaliser des économies en agissant avec un minimum d'intermédiaires à l'échelle de l'Europe »... c'est-à-dire avec les banques qui leur permettront de gérer leur trésorerie à moindre coût même si ce moindre coût est obtenu au détriment du service rendu au consommateur. « Finalement, plus encore que la vente de produits bancaires, c'est bien le contrôle de son fichier clients que la grande distribution souhaite préserver » ... ou exploiter ?

11. Les statuts de la banque du Groupe Casino précisent qu'elle a pour objet, « le développement et la commercialisation d'opérations de banque, notamment de produits et services de crédit à la consommation, ainsi que de comptes de dépôt, de comptes chèques, de services d'investissements, au profit de la clientèle du groupe Casino... ».

Historique de la mise en place des échanges d'images chèques

■ Cette mise en place a été envisagée, par les pouvoirs publics français, dès le début des années 1970. Par la suite, le 22 novembre 1978, un comité interministériel a confié à la Banque de France la mission de piloter l'évolution du système de compensation. Le 16 janvier 1979 le ministre de l'Économie et des Finances fixait les objectifs du groupe de travail¹ mis en place : « définir les règles générales (procédures, délais de crédit, commissions) que les banques doivent appliquer pour les échanges interbancaires de monnaie scripturale ».

■ Le 24 avril 1979, le Conseil national du crédit publiait une décision de caractère général (n° 79-05) rendant obligatoire pour les banques la participation aux opérations de compensation. En 1985 était mis en place le Système interbancaire de télécompensation (SIT) et le premier Centre régional d'échange d'images chèques (CREIC) voyait le jour.

■ En 1988 puis en 1992-1994, deux tentatives de généralisation des échanges dématérialisés ont échoué, en particulier faute de trouver un accord sur la modification des équilibres économiques que provoquerait le changement de méthode.

■ La loi du 4 août 1993 modifiait les missions de la Banque de France pour lui confier expressément de « veiller au bon fonctionnement et à la sécurité des systèmes de paiement » (art. L. 141-4, C. mon. fin.). C'est dans le cadre de cette mission légale que la Banque de France a décidé de saisir l'opportunité du passage à l'euro pour provoquer cette modernisation.

1. Ce groupe de travail, dirigé par M. de la Genière, gouverneur de la Banque de France, était composé de représentants des ministères de la Justice, de l'Économie, de l'Industrie et du Commerce, de la Direction des Télécommunications, du Commissariat au plan et de la DATAR. Y participaient aussi des représentants des banques inscrites, des établissements de crédit à statut légal spécial, de la Direction générale des Postes, de la Direction de la comptabilité publique et de la Caisse des dépôts et consignations.

marché « biface »¹², sur lequel elle détiendrait un double pouvoir de « monopole » et pouvant donc, en toute liberté, faire supporter le coût du service qu'elle rend indifféremment au « payeur » ou au « payé ». Ce faisant, elles ignorent que les banques ne constituent pas un tout homogène mais un ensemble d'établissements ayant des politiques très différentes et des intérêts parfois opposés. Ce qui fait l'unité du monde bancaire ce sont les obligations auxquelles elles sont astreintes par les codes monétaires et financiers parce que les services qu'elles proposent à leurs clients doivent respecter les politiques économiques et financières des pays dans lesquelles elles les offrent (IV). ■

12. « Selon la définition de Rochet & Tirole, le marché est bi-face si le volume des transactions réalisées (et le profit de la plate-forme organisatrice) dépend de la structure de la tarification des deux faces du marché et non de la seule somme des charges acquittées par le porteur et le commerçant » (P. Nasse, « Concurrence et moyens de paiement », *Concurrences*, n° 1, 2007).

INTRODUCTION

DU PAIEMENT PAR CHÈQUE

1. Le paiement, ses moyens et instruments

Un consommateur qui, sur un marché, acquiert un bien ou un service d'un fournisseur, doit en acquitter le prix pour que la vente soit parfaite (C. civ., art. 1582). Ce prix, ainsi que les conditions particulières de la vente doivent être affichées par le vendeur en vertu de l'article L. 113-3 du code de la consommation. Le moyen de paiement normalement utilisé pour acquitter le prix¹ est celui qui a cours légal, dans la limite de son pouvoir libératoire (CMF, art. L. 121-1 et L. 122-1), c'est-à-dire les pièces et les billets libellés en euro. Dans ce cas, c'est au débiteur qu'il appartient de faire l'appoint (CMF, art. L. 112-5). Toutefois, au-delà d'une certaine somme (1 100 €), il y a interdiction de payer en espèces certaines dépenses (CMF, art. L. 112-6) et donc obligation d'avoir recours à la monnaie scripturale, c'est-à-dire à un compte bancaire (ou désormais aussi un compte de paiement). Si le paiement en monnaie scripturale se fait par simple tradition, c'est-à-dire par la simple remise du moyen de paiement, le paiement en monnaie scripturale suppose un détour : l'usage d'un instrument de paiement² (chèque, ordre de virement, ordre de prélèvement, titre interbancaire de paiement, carte / facturette, etc.) pour transférer le moyen (somme inscrite au compte). Compte tenu de l'importance que revêtent pour le fonctionnement normal des marchés, la valeur et la sécurité de la monnaie scripturale utilisée, le législateur a décidé que « la Banque de France veille au bon fonctionnement et à la sécurité des systèmes de paiement dans le cadre de la mission du Système européen de banques centrales relative à la promotion du bon fonctionnement des systèmes de paiement prévue par l'article 105, paragraphe 2 du traité instituant la Communauté européenne » (CMF, art. L. 141-4).

2. Le chèque, instrument du moyen enregistré dans le compte

Si le vendeur l'y autorise, le consommateur peut donc régler sa dépense par chèque³, sachant que la remise du chèque n'achève pas le paiement mais ne fait que l'initier. Le paiement ne sera achevé que lorsque la monnaie scripturale aura circulé, du compte du débiteur tenu dans un établissement au compte du créancier qui peut être tenu dans un autre établissement. Le chèque est l'un des instruments qui permettent à ce moyen de paiement de circuler et de « consommer » le paiement. Si le vendeur n'autorise pas ses débiteurs à initier les paiements à l'aide d'un chèque il doit, en vertu du code de la consommation, l'afficher clairement.

Pour régler sa dépense par chèque, le consommateur doit donc préalablement avoir ouvert un compte (support de la monnaie scripturale) dans une banque (ou un établissement de paiement) et l'avoir convenablement approvisionné. Le chèque, en lui-même, est une des formes que peut revêtir le mandat donné à son établissement teneur de compte, par le titulaire dudit compte, d'avoir à lui restituer, entre les mains de son créancier, tout ou partie des sommes déposées et qui lui appartiennent. Pour que ce mandat de payer ait les caractéristiques d'un chèque, il doit, en vertu de l'article L. 131-2 du CMF, répondre à six conditions :

- la dénomination chèque, insérée dans le texte même du titre ;
- le mandat pur et simple de payer une somme déterminée ;
- le nom de l'établissement tiré ;
- l'indication du lieu où le paiement doit s'effectuer ;
- l'indication de la date et du lieu de création ;
- la signature de l'émetteur du chèque (c'est-à-dire du tireur).

1. Le paiement est, en fait, un des modes d'extinction d'une obligation, mais pas le seule (cf. C. civ., art. 1234).

2. Ou « instrument de transport de monnaie scripturale ». (R. Bonhomme et F. Pérochon, « Entreprises en difficulté – Instruments de crédit et de paiement », LGDJ, 8^e éd., 2009, p. 86g).

3. « Le chèque est un écrit par lequel une personne, appelée tireur, donne l'ordre à un établissement de crédit, appelé tiré, de payer à vue une certaine somme à une troisième personne, appelée bénéficiaire, ou à son ordre » (R. Bonhomme, F. Pérochon, *op. cit.*, p. 867).

Rien n'interdit juridiquement que ce mandat soit donné sur n'importe quel support même si, dans la pratique, les créanciers ne sont pas enclins à accepter des chèques sur papier libre. Lorsque l'établissement teneur de compte décide de délivrer à ses clients des formules de chèque normalisées pour en simplifier le traitement⁴ – ce qui n'est pas une obligation – il doit le faire gratuitement depuis la loi du 1^{er} février 1943 ; obligation aujourd'hui incluse dans l'article L. 131-71 du CMF. Compte tenu de la responsabilité que l'établissement teneur de compte encourt du fait de la délivrance⁵ des formules de chèque (qui donne aux tiers l'apparence de la solvabilité de leur détenteur) et du fait de la mission confiée à la Banque de France de veiller au bon fonctionnement du système de paiement, avant de délivrer des formules, la banque est normalement tenue d'interroger la Banque de France pour vérifier si le titulaire du compte n'est pas frappé de l'interdiction d'émettre des chèques (décret n° 92-456 du 22 mai 1992).

Mais le chèque n'est rien sans le compte qu'il sert à faire mouvoir. Puisque le chèque n'est qu'un simple instrument servant exclusivement à véhiculer de la monnaie scripturale, cela signifie que son utilité est indissociable de celle de la monnaie qu'il transporte et que son usage est totalement subordonné à celui de la monnaie scripturale. En effet, un instrument de paiement est nécessaire pour transformer un avoir financier en monnaie scripturale, et pour permettre à cette monnaie scripturale de jouer son rôle d'intermédiaire dans l'échange. Sans instrument de paiement pour les faire circuler, les avoirs détenus sur les comptes de dépôt à vue ne pourraient plus, à proprement parler, remplir – et encore – que la seule fonction de « réserve de valeur ». Dans la mesure où les divers instruments de circulation de cette monnaie scripturale ne permettraient pas de régler exactement la même somme, ils brouilleraient la fonction d'instrument de mesure de la valeur de ce type de monnaie – sauf à dissocier la « monnaie de compte » de la « monnaie de paiement ». Dans la mesure où l'on ferait « payer » aux consommateurs l'usage des chèques, on porterait atteinte à la liquidité de la monnaie scripturale puisque celle-ci ne serait plus immédiatement disponible sans coût de transformation.

3. L'opération de paiement par chèque

L'opération de paiement par chèque suppose au moins trois sous-opérations indissociables, successives : sa création, son émission, son encaissement. Cette dernière sous-opération pouvant être simple ou complexe.

La création d'un chèque est l'opération qui consiste à écrire le mandat, ou à remplir et signer les formules pré-imprimées et normalisées, préalablement mises à

la disposition du tireur par l'établissement tiré.

L'émission du chèque est l'opération qui consiste pour son créateur à se séparer du chèque qu'il a tiré en le remettant directement à son créancier ou en le lui envoyant. Dans cette opération aucune banque n'intervient. Il n'y a donc pas de marché de l'émission d'un chèque.

L'encaissement du chèque est l'opération qui consiste à exécuter le mandat de payer. Il y a deux façons de l'exécuter : soit en monnaie fiduciaire – seule monnaie légale – soit en monnaie scripturale. L'encaissement en monnaie fiduciaire suppose, si le chèque est barré, que son bénéficiaire soit aussi client de la banque tirée (CMF, art. L. 131-45). Pour le paiement en monnaie scripturale, il n'en est pas de même ; il suffit que le bénéficiaire indique un compte sur lequel la somme correspondante pourra être déposée.

Dans la pratique ce compte est ouvert au nom du bénéficiaire, dans un établissement qui n'est pas obligatoirement le même que celui sur lequel le chèque est tiré ; il ne l'est pas souvent. Le paiement a donc lieu, par mandataires interposés, dont aucun ne choisit l'autre : le banquier du bénéficiaire présente le chèque au banquier tiré qui vérifie si le compte sur lequel le chèque est tiré est convenablement approvisionné et, dans l'affirmative, crédite le compte de la banque présentatrice dans les livres de la Banque de France. Une fois en possession de la somme correspondante, sur son compte ouvert dans les livres de la Banque de France, la banque présentatrice peut créditer son client remettant. Dans la pratique, la banque du bénéficiaire crédite son client avant d'avoir reçu la somme correspondante de la banque tirée, quitte à contrepasser l'opération si le chèque s'avérait sans provision ; la banque tirée paye le chèque à la banque présentatrice avant d'avoir vérifié si la provision existe au compte du tireur, quitte à contrepasser l'opération si la provision n'existe pas. Dès lors, on voit bien que, dans l'exécution de cette opération, les deux banques qui ne se sont pas choisies et qui n'ont aucune marge de manœuvre dans l'exécution des mandats impératifs qui leur ont été donnés, prennent des risques puisque chacune exécute le mandat reçu de son client avant même d'avoir pu vérifier si elle pouvait le faire.

4. Le mécanisme de compensation

Dans la pratique, aucune banque ne présente individuellement chaque chèque au paiement et aucune banque ne paye individuellement chaque chèque tiré, sur ses caisses, qui lui a été présenté. Toutes les banques globalisent les chèques présentés et reçus de façon à ne se régler mutuellement, en Banque de France, que le solde des échanges. En pratique donc, toutes les banques compensent les valeurs des chèques présentés par chacune des autres banques, avec les valeurs des chèques qu'elles leur présentent, de façon à déterminer un solde, et c'est ce solde qui fait l'objet d'un paiement dans les livres de la Banque de France. La Banque de France doit donc veiller, en permanence, à la solvabilité de chaque établissement de façon à pouvoir dénouer chaque jour les opérations de paiement par chèque.

4. Cette norme impose deux éléments complémentaires importants : l'inscription des références exactes du compte du tireur dans les livres du tiré et la ligne magnétique CMC7, deux éléments qui ont essentiellement pour but de simplifier le travail du mandataire du bénéficiaire.

5. Pour R. Bonhomme (avocat général à la Cour de cassation) et F. Pérochon, « la délivrance et le traitement des chèques font partie du service de caisse, par lequel le banquier dépositaire des fonds appartenant à son client, effectue pour le compte de celui-ci paiements et encaissements ». (op. cit., p. 868).

Schématiquement, en France, on peut distinguer trois principales périodes dans l'évolution du processus de compensation :

- avant 1979, la compensation manuelle décentralisée ;
- de 1979 à 2001, les échanges manuels via l'ordinateur de compensation (jusqu'en 1994), puis le SIT et les CREIC ;
- depuis 2001, les échanges d'image chèque.

Avant 1979, on distinguait :

- les chambres de compensation principales, installées dans les locaux des comptoirs Banque de France où les soldes de compensation étaient réglés directement par virement. La Banque de France pouvait ainsi constater immédiatement la solvabilité des banques débitrices.

- les chambres de compensation secondaires, dans les villes où plusieurs agences bancaires étaient installées et où il n'y avait pas de comptoir Banque de France. Dans ces villes, les banques s'échangeaient les chèques sur place – de façon à exécuter au plus vite les ordres de leurs clients respectifs – et se réglaient les soldes de compensation par un chèque, tiré sur leur siège, qu'elles envoyaient ensuite pour encaissement à la Banque de France.⁶

La réforme de 1979 : de façon à accélérer le système d'encaissement des chèques et à le sécuriser les chambres de compensation secondaires ont été supprimées et un ordinateur de compensation nationale a été mis en place par la Banque de France. Ce système avait aussi pour intérêt de permettre à la Banque de France d'avoir une meilleure visibilité de la solvabilité des banques participant au système de paiement par chèque, en éliminant les chèques circulant entre les chambres de compensation secondaires et les chambres principales. À partir de la mise en place de l'ordinateur de compensation aucun chèque ne pouvait être transmis par la banque présentatrice sans avoir été préalablement et obligatoirement postmarqué (opération longue et coûteuse). Le postmarquage était l'opération qui consistait à inscrire sur la ligne magnétique, en caractères CMC7, le montant du chèque de façon à le rendre lisible par les machines de traitement. Le postmarquage est devenu inutile depuis le passage à l'échange d'images chèques. Dès le début des années 1980, certaines banques ont décidé d'échanger entre elles des images dans des Centres régionaux d'échange d'images chèques, mais faute d'arriver à un équilibre satisfaisant pour tous, le

processus n'a pas été généralisé. Pour accéder à l'ordinateur de compensation, puis plus tard au Système interbancaire de télécompensation (ou SIT), il subsistait 104 chambres de compensation dans les locaux de la Banque de France.

En 1999, comme le passage à l'euro allait nécessiter deux circuits d'encaissement des chèques, pendant la période transitoire, les pouvoirs publics ont décidé d'imposer aux banques de trouver entre elles un accord pour passer définitivement à l'échange d'images chèques pour tous ceux qui seraient émis dans la nouvelle unité monétaire. Dans son rapport de l'exercice 2001, le Comité de la réglementation bancaire et financière a notamment expliqué (p. 26) que « la définition des relations opérationnelles et des modalités de défraiement entre les parties à la compensation est renvoyée à une convention professionnelle adoptée sous l'égide de l'Afeci. L'ensemble du dispositif sera renforcé en tant que de besoin par la Banque de France, par des recommandations n'ayant pas de portée normative, dans le cadre de l'accroissement de ses pouvoirs⁷, par la loi n° 2001-0162 du 15 novembre 2001 relative à la sécurité quotidienne ». En fait, les négociations en vue d'aboutir à cette « convention professionnelle », dont le but était d'assurer l'équilibre à long terme et la sécurité du système⁸, ont eu lieu avant le passage à l'EIC, entre des établissements ayant des intérêts opposés pour mettre en place de nouvelles modalités qui n'existaient pas auparavant.

5. La surveillance des systèmes de paiement

Selon Y. Lucas⁹, « la surveillance des systèmes de paiement, qui constitue une mission essentielle des banques centrales, a pour but d'en assurer la sécurité et l'efficacité ». En effet, ajoute-t-il, en faisant directement allusion aux paiements par chèques, cela est fondamental « pour le maintien de la confiance dans la monnaie ». Cette mission qui a été confiée au Système européen de banques centrales par l'article 105 du traité instituant l'Union européenne, et transposée en droit français par la loi n° 98-357 du 12 mai 1998.

Cette « surveillance s'exerce, notamment, par la participation de la Banque de France aux travaux du Comité français d'organisation et de normalisation bancaires (CFONB), qui est non seulement en charge de la normalisation mais aussi de nombreuses réflexions sur l'organisation du système de paiement, et à toutes les instances dirigeantes des organismes responsables de la gestion de systèmes de paiement ou d'instruments de paiement ». C'est pourquoi, « la Banque de France, qui participe à [cette instance] au titre de ses missions de surveillance¹⁰, fait valoir son point de vue sur les orientations envisagées ; elle peut, le cas échéant, s'y opposer si elle estime que celles-ci vont à l'encontre des normes ou des principes de sécurité qu'elle a mission de faire respecter ». ■

6. En 1976, sur la place secondaire de Beaugency, la BRO échangeait des chèques avec les cinq autres établissements de la place (Crédit agricole, Caisse d'épargne, Banque populaire, Crédit mutuel, La Poste). Les chèques qui étaient remis à la CNCA, via la Caisse et tirés sur une Caisse de Crédit agricole, donnaient lieu au paiement d'une commission de 0,80 franc, les chèques remis aux autres banques donnaient lieu au paiement d'une commission à la banque tirée de 0,45 franc par chèque. Ces commissions ont été supprimées par décision de la Banque de France en 1979, lors du passage à l'ordinateur de compensation. Toutefois, une commission était payée par les banques présentatrices aux banques tirées lorsque les premières souhaitaient avancer d'un jour le règlement interbancaire, par rapport aux conditions générales de fonctionnement dudit ordinateur de compensation.

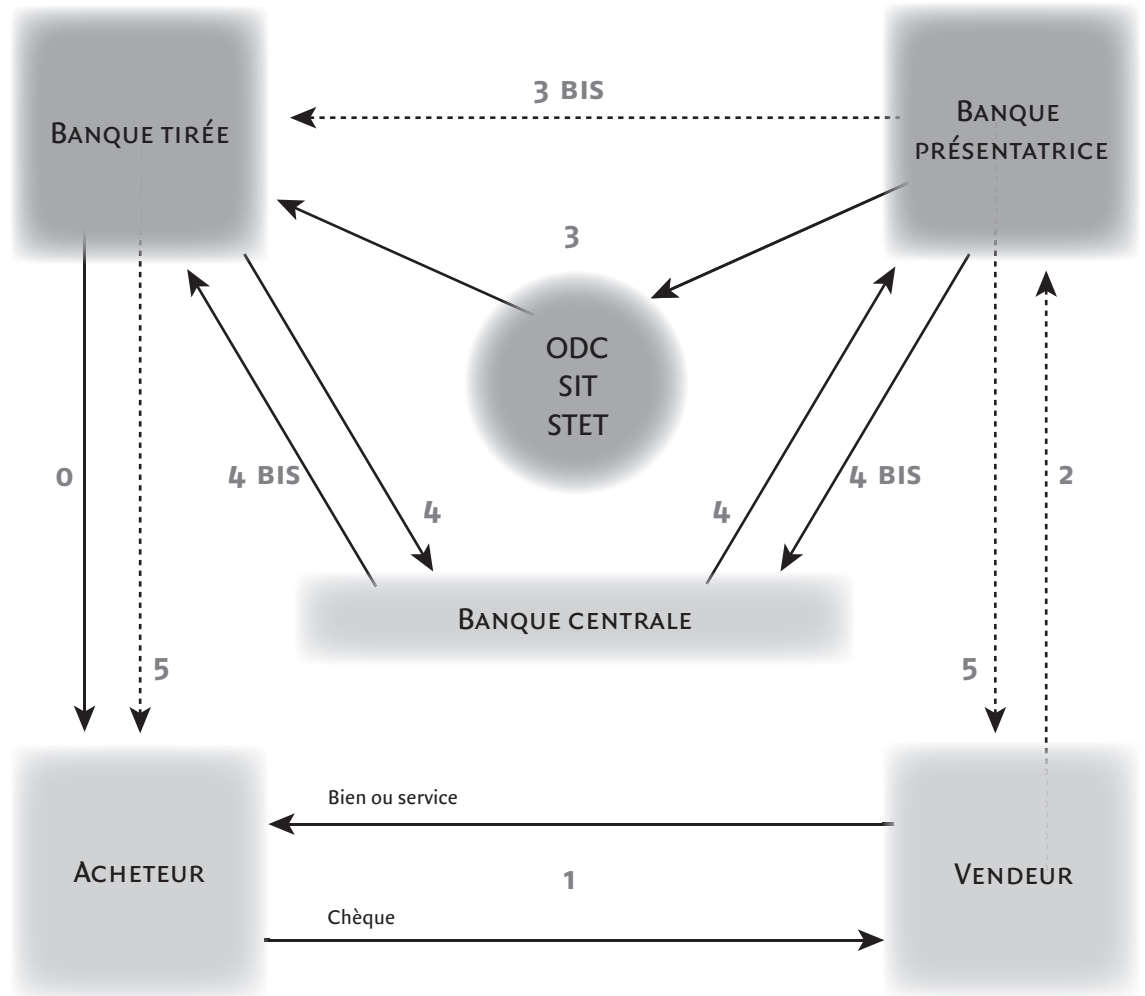
7. Cf. M. Andries et C. Martin, « La surveillance des moyens de paiement scripturaux : objectifs et modalités de mise en œuvre », *Revue de stabilité financière*, novembre 2004, pp. 91-105.

8. Ce qui relève du droit de la régulation et non du droit de la concurrence. (M.-A. Frison-Roche, « Définition du droit de la régulation économique », *Daloz*, 2004, chron., pp. 126-129).

9. *Bulletin de la Banque de France*, n° 84, décembre 2000, p. 91 et s.

10. C'est le contrôleur général de la Banque de France qui préside le CFONB.

Mécanisme de paiement par chèque



- 0** Remise de vignettes de chèque
- 1** Opération commerciale
- 2** Remise du chèque à l'encaissement (ou télétransmission)
- 3** Transfert d'informations
- 3 BIS** Chèques circulants
- 4** Paiement
- 4 BIS** Règlement interbancaire
- 5** Information du client (papier ou dématérialisé)

I. L'OPÉRATION DE PAIEMENT N'EST PAS UNE OPÉRATION DE MARCHÉ

Loin de constituer des « activités de production, de distribution et de services » au sens de l'article L. 410-1 du code de commerce, les opérations de paiement ont toutes les caractéristiques qui les rattachent à des obligations d'intérêt général : obligation des banques de fournir ce service et de participer toutes au mécanisme de compensation, nécessité de la coopération interbancaire, surveillance par les pouvoirs publics... Ce ne sont donc pas des « activités économiques » au sens du code de commerce.

Par nature, un paiement n'est que la contrepartie générale à toute opération de marché. Pour qu'une telle opération soit possible aisément il faut que sa contrepartie générale échappe aux caractéristiques fondamentales du simple transfert de marchandises ; s'il en était autrement, le marché ne serait plus le lieu où l'on échangeait des marchandises contre un équivalent général, universellement accepté, mais celui où l'on ferait du troc. Or, si la monnaie est ravalée au rang de simple marchandise¹, avec quoi l'évaluerait-on ?

De plus, dans la mesure où les banques n'ont aucun choix dans leur réalisation, ce seul fait suffirait à montrer que cette circulation ne constitue pas en soi des opérations de marché.

A – LE FONCTIONNEMENT D'UN MARCHÉ LIBRE

1 – Le marché de concurrence pure et parfaite

Selon la théorie économique classiquement admise², un marché est un lieu (physique ou abstrait) où une offre rentable rencontre une demande solvable. Il joue un rôle optimal qui permet d'atteindre un équilibre³

1. Si la monnaie était une marchandise, elle obéirait aux mêmes règles de droit que les autres biens, ne pourrait pas être créée *ex-nihilo* uniquement par une simple volonté politique et nul ne serait obligé de l'accepter dans le cadre d'un échange marchand. Elle aurait une valeur exprimée en quantité d'un autre bien !
2. Dans cette théorie, d'inspiration libérale, l'*Homo economicus* est un être isolé qui prend ses décisions seul en se rapportant à une seule source d'informations sur le monde extérieur : la grille des prix. Il méconnaît totalement les notions de synergie et de solidarité. En fait c'est un être mutilé. Dès lors l'optimum walraso-parétien, qui sert encore de fondement aux législations relatives au fonctionnement des marchés, n'est un optimum que pour des êtres mutilés vivant dans un système social d'où les notions de solidarité, de mutualité, mais aussi de synergie ont été bannies.
3. Pour les professeurs P.A. Julien et M. Marchesnay, « le marché est un concept,

économique général lorsqu'il est dit pur et parfait, c'est-à-dire que :

- les agents sont libres de contracter ou de ne pas contracter ;
- libres de choisir avec qui contracter ;
- aucun des agents n'exerce sur le marché une action dominante ;
- les prix peuvent être librement débattus entre offreurs et demandeurs.

L'information permet une transparence totale.

*en ce sens où il représente un lieu hypothétique, abstrait, idéal, où se rencontrent une offre et une demande potentielles, représentées par le lieu géométrique des courbes d'offre et de demande potentielles, en fonction du niveau des prix. On détermine de façon instantanée, statique, l'ajustement de l'offre et de la demande d'un produit hypothétique (homogène et indifférencié) sans préciser, évidemment, comment pourrait se faire concrètement l'ajustement (Walras imagine un système d'enchères avec un "commissaire-priseur"). Il s'agit d'évaluer les conditions d'obtention de l'équilibre marginaliste partiel (sur un marché). Dans ces conditions, chaque acteur (offreur ou demandeur) se trouve surdéterminé dans son choix, par le système des prix et la "loi du marché". Walras, très naïvement, assimile la "loi de formation des prix" au système newtonien d'attraction universelle, fondé sur la loi de la chute des corps, à laquelle sont soumis tous les corps célestes, quelle que soit leur taille. Dès l'instant où l'on cherche à donner un contenu empirique au concept de marché, celui-ci perd rapidement de son pouvoir prédictif (économie positive) et prescriptif (économie normative). Par exemple l'hypothèse "irréaliste" (selon Friedman) de rationalité parfaite, ou substantive (selon Simon), des acteurs doit être abandonnée au profit de la rationalité imparfaite, limitée, procédurale. En fait, les acteurs ne sont pas isolés, comme des étoiles dans le ciel, mais interdépendants. Surtout, ils ont une logique d'action : celle-ci n'est pas seulement fondée sur la recherche de l'optimisation des choix à partir d'une logique d'allocation des ressources, ni même par une recherche de la maximisation du profit en tant que telle (logique de valorisation des capitaux) mais, pour l'essentiel, par une logique d'intention, c'est-à-dire par la volonté de faire aboutir un certain nombre de projets, plus satisfaisants que maximisants, et, a fortiori, optimisants » (« Économie et stratégie industrielles », *Economica*, 1997, p. 43-44). « Selon Aristote, le marché laissé à lui-même, c'est-à-dire aux intérêts privés des échangistes, ne génère aucun ordre, mais au contraire dégénère en désordre. Pour une raison fort simple, à vrai dire, qui est que l'intérêt privé prend sur les marchés la forme du désir d'argent qui, parce qu'il ne connaît pas de limite, s'abîme, tôt ou tard, dans une violence généralisée. Cette première leçon s'adresse pleinement à la théorie libérale du marché, notamment dans sa version dominante ou néo-classique. Pour cette théorie, en effet, si les marchés laissés à eux-mêmes accouchent par voie de théorème du meilleur des mondes possibles, c'est parce que celle-ci a pris soin initialement d'ôter le grain de sable aristotélicien. L'argent est le grand absent des théories de la valeur depuis deux siècles. Lorsque la monnaie est introduite, son rôle est purement instrumental, et elle évite ainsi le piège symbolique tendu par le désir des hommes. Cette construction n'est possible que parce que, sur les marchés, l'intérêt privé qui s'exprime ne manifeste qu'une relation solitaire de chacun avec la nature, à l'image de Robinson perdu sur son île » (H. Defalvard, « Essai sur les marchés », Syros, 1995, p. 44). Pour George Soros, « la théorie de l'équilibre est fondée sur une comparaison inappropriée avec la physique. Les objets physiques suivent leur trajectoire, indifférents à ceux qui les observent. Les marchés, au lieu de refléter la réalité de façon passive, créent eux-mêmes la réalité qu'ils reflètent. Il y a une influence réciproque entre leurs décisions et les événements futurs : j'appelle cela la réflexivité. J'affirme que ce concept est mieux adapté aux marchés financiers – et à nombre d'autres phénomènes – que le concept d'équilibre sur lequel l'économie classique est fondée » (Extrait de « La crise du capitalisme mondial », cité par L'Expansion, 19 novembre-2 décembre 1998, p. 25).*

Sur un tel marché, le prix d'équilibre constitue un double signal : adressé par le demandeur à l'offreur sur l'utilité du bien et/ou du service offert ; adressé par l'offreur au demandeur sur le coût d'opportunité de la production. Un prix trop élevé conduit à l'expulsion de l'offreur, réputé ne pas être en mesure de répondre au besoin exprimé par les clients potentiels ou simplement être moins performant que ses concurrents ; un prix trop bas conduit le même offreur à la faillite. Ce double signal est rendu public dans une valeur commune, exprimée en unités monétaires et il est incarné dans un instrument de paiement sans lequel les prix demeurent des abstractions pures sans effet économique réel. Si un prix joue donc un rôle d'intermédiaire de marché, il ne peut le faire que dans la mesure où il peut prendre corps dans une monnaie⁴ et que cette monnaie peut circuler par l'intermédiaire d'au moins un instrument universellement accepté.

Selon cette approche, les quantités échangées sont toujours une fonction plus ou moins complexe du prix :

$$Q = f(p).$$

C'est pourquoi G. Denis considère que « le mode de détermination d'un prix reflète, d'une part un rapport de force entre les coéchangistes, chacun cherchant à accaparer un maximum de surplus, et d'autre part une stratégie visant à maintenir ou à acquérir une certaine position sur le marché »⁵. Sur un marché libre, le prix est la variable essentielle sur laquelle les acteurs fondent leur stratégie. Mais un prix n'est rien s'il ne se concrétise pas ensuite dans un paiement, lequel ne peut être effectué qu'au moyen du bien spécifique qu'est la monnaie⁶.

4. « La monnaie n'est pas une chose, une marchandise, mais une relation chiffrée entre des agents » (J. Bichot, *La monnaie et les systèmes de financement*, Ellipses, 1997, p. 47).

« Nous définissons la monnaie : ce qui est susceptible d'être universellement accepté en échange de biens économiques » (I. Fisher, « Le pouvoir d'achat de la monnaie », trad. Librairie Giard et Brière, 1926, cité in C. Tutin, « Une histoire des théories monétaires », Champs, 2009, p. 294 et in « La pensée monétaire de l'âge classique à nos jours », présentée par C. Tutin, Le Monde Flammarion, 2010, p. 182).

« Par monnaie, le langage courant entend tout ce qui sert normalement à payer les biens et services achetés, à rémunérer le travail ou d'autres facteurs de production, tous les moyens acceptés par les tribunaux pour s'acquitter d'une dette, et par le gouvernement pour payer les impôts. D'après cette définition, les comptes chèques dans les banques commerciales font partie, comme les billets et les pièces circulant en dehors du système bancaire, de l'offre de monnaie des agents non bancaires » (N. Kaldor, « Le fléau du monétarisme », trad. B. Guerrien et M. Oriol, *Economica*, 1985, cité in C. Tutin, *op. cit.*, p. 465).

« Le phénomène monétaire forme un tout, unissant fonctions, formes et fondement. Une monnaie au sens plein du terme, c'est un consensus social, dans le compte et le paiement (fonctions), utilisant des objets (formes) issus d'un compromis entre l'innovation marchande et la régulation publique (fondement). Le fondement d'une monnaie découle ainsi de l'existence d'une régulation unique [...]. Mais ce fondement n'est solide que s'il est ratifié par un consensus des utilisateurs à travers des pratiques ordonnées de compte et de paiement » (B. Courbis, « L'euro face aux pratiques monétaires : les aléas de la transition », Colloque de l'Université de Lyon III, 12 avril 1996).

5. Colloque de Pau, 7 mai 1997.

6. Pour Irving Fisher, il faut reconnaître « ce caractère fondamental et particulier que la monnaie est, entre tous les biens, seule à posséder – savoir qu'elle n'a pas par elle-même le pouvoir de satisfaire les besoins des hommes. Tout ce qu'elle permet c'est d'acheter des choses qui en seront capables ». (Le pouvoir d'achat de la monnaie, trad. Librairie Giard et Brière, 1926, cité in *La pensée monétaire de l'âge classique à nos jours*, Le Monde Flammarion, 2010, p. 185).

F. Hayek estime, quant à lui que « la monnaie étant une marchandise qui, contrairement aux autres, est incapable de satisfaire une demande finale, son introduction met fin à l'interdépendance rigide et au caractère autosuffisant, car clos sur lui-même, du système de l'équilibre, et elle rend possible des mouvements qui seraient autrement exclus de ce dernier » (« La théorie monétaire et le cycle économique », cité in « La pensée monétaire de l'âge classique à aujourd'hui », présentée par C. Tutin, Le Monde Flammarion, 2010,

De plus, le concept économique de marché n'est pas opérationnel dans le cadre d'une analyse purement marketing, qui a besoin d'individualiser chaque composant élémentaire d'un produit ou d'un service, indépendamment du besoin que chacun contribue à satisfaire. En effet, dans la mesure où chacun des produits « peut être fabriqué à l'aide de procédés, voire de manières différentes (hétérogénéité), il peut être différencié des autres (image de marque et fidélisation de la clientèle), et des produits très différents peuvent s'avérer hautement substituables, pour répondre à un même besoin »⁷. Et ce qui est vrai du processus industriel de fabrication des produits l'est encore plus de la combinaison des *process* pour l'élaboration des services. Il ne faut pas que, sous prétexte de chercher à déterminer le marché pertinent, le droit de la concurrence abandonne toute analyse économique pure ainsi que toute référence aux notions fondamentales du droit au profit d'une simple analyse marketing.

Or, l'échange d'images-chèques n'est pas un service en soi mais est constitutif d'une opération de paiement dans la mesure où il entre simplement dans une partie du processus de son acheminement, du débiteur à son créancier. L'échange d'images-chèques ne peut pas exister indépendamment de l'opération de paiement qu'il véhicule. Il n'est pas plus séparable de l'opération de paiement que, dans la monnaie fiduciaire, la monnaie véhiculée n'est séparable de la pièce ou le billet dans lequel elle est incorporée. Malgré tout, la mise en cause des commissions interbancaires de paiement conduit à le considérer comme une opération élémentaire indépendante. Or, même dans cette hypothèse les règles du marché ne s'appliquent pas et encore moins celle du marché théorique pur et parfait.

Mais, avant d'examiner cette tâche élémentaire que constitue l'échange d'images-chèques, il faut commencer par la situer dans le processus complet du paiement par chèque. Or, un chèque est un écrit par lequel une personne, appelée tireur, donne l'ordre à une banque, dans les livres de laquelle elle détient un compte et appelée tirée pour l'opération, de payer à vue – par le débit de son compte – une somme déterminée à un bénéficiaire ou au mandataire de ce dernier qui ne peut être qu'une banque, la banque présentatrice, encore appelée banque remetante. En vertu de l'article L. 131-2 du code monétaire et financier, pour que cet écrit puisse revêtir les caractéristiques juridiques du chèque, il doit obligatoirement comporter les six indications suivantes⁸ :

- la dénomination chèque, insérée dans le titre même de l'écrit ;
- le mandat pur et simple de payer une somme déterminée ;
- le nom de la banque tirée, qui doit payer et dans les livres de laquelle le tireur détient un compte convenablement provisionné ;

p. 214).

7. P.A. Julien et M. Marchesnay, « Économie et stratégie industrielles », *Economica*, 1997, p. 44.

8. L'article 131-71 du CMF a ajouté l'obligation de faire figurer deux mentions sur les formules de chèque mises par les banques à la disposition de leurs clients : « le numéro de téléphone de la succursale ou agence bancaire auprès de laquelle le chèque est payable » et « l'adresse du titulaire du compte ».

- l'indication du lieu où le paiement doit s'effectuer, c'est-à-dire le lieu où le bénéficiaire devra se présenter (directement ou par mandataire interposé) pour obtenir le paiement du chèque ;

- l'indication de la date et du lieu où le chèque a été créé, c'est-à-dire écrit ;

- la signature de l'émetteur du chèque, c'est-à-dire du tireur.

Dans cette définition, il n'y a nulle obligation pour le tireur d'utiliser des formules pré-imprimées, encore moins fournies par la banque tirée. Que le Comité français pour la normalisation des opérations de banque ait établi un modèle normalisé ne change rien aux obligations légales. En France, l'article L. 131-71 du code monétaire et financier impose simplement au banquier teneur de compte que, lorsqu'il délivre des formules de chèque à ses clients, il le fasse gratuitement. Cette délivrance⁹ n'est pas un droit ; elle ne constitue pas non plus un service en soi. Le titulaire du compte qui veut effectuer un paiement à l'aide d'un chèque peut créer celui-ci sur n'importe quel support de n'importe quelle forme. Sa seule obligation est d'y faire figurer les six mentions imposées par le code monétaire et financier. S'il a été cependant décidé de proposer des formules normalisées c'était d'une part pour sécuriser le système et d'autre part pour simplifier le travail ultérieur des cinq intervenants dans toute opération de paiement scriptural (débiteur, banque tirée, banque centrale, banque présentatrice, bénéficiaire). La norme la plus importante qui caractérise ces formules est la ligne magnétique (CMC 7) qui bénéficie essentiellement à la banque présentatrice et qui même rend possible les échanges d'images chèques. En effet, le code monétaire et financier n'impose pas, pour rendre un chèque valable, qu'il porte mention du numéro de compte du tireur or, pourtant, cette mention est indispensable pour permettre à la banque présentatrice de créer l'image chèque. La mise à disposition par les banques tirées de formules de chèques et leur utilisation par les tireurs permettent de sécuriser l'opération de paiement, simplifier le travail des cinq intervenants dans l'opération et de lutter contre toute fraude. On ne peut pas dire pour autant que cette simplification constitue à elle seule un service indépendant rendu par un agent économique à un autre agent. Si c'est bien la banque tirée qui supporte en premier les coûts totaux des formules de chèque (coûts de fabrication, de sécurisation, de personnalisation, de délivrance) la loi ne lui interdit pas d'en répercuter une partie sur d'autres acteurs ; elle lui interdit seulement d'en faire supporter quelque part que ce soit aux titulaires des comptes qui seront pourtant ceux qui les émettront.

Lors d'un échange d'image chèque, la banque présentatrice n'est pas libre de procéder ou non à l'opération. Elle ne fait qu'exécuter le mandat reçu de son client remettant et le seul fait d'avoir accepté les chèques lui impose de les présenter aussitôt au paiement à la banque tirée, selon

les modalités réglementaires. Elle n'est pas libre non plus de choisir la banque à qui elle va les présenter. Elle doit obligatoirement les présenter – directement ou indirectement – à la banque tirée. Le mécanisme d'échange d'images chèques a permis de mettre en relation toutes les banques les unes avec les autres, raccourcissant ainsi les circuits et rendant inutile le passage (onéreux) par un intermédiaire. Les deux conditions fondamentales d'existence d'un marché (liberté de contracter ou de ne pas contracter et liberté de la personne avec qui contracter) sont donc absentes.

À l'inverse, le mécanisme d'échange d'image chèque, en mettant toutes les banques dans les mêmes conditions d'exploitation et en mettant chacune d'entre elles en relation avec toutes a permis de faire disparaître tout ce qui pourrait conduire l'une d'entre elles à exercer une position dominante sur le mécanisme. Le montant de la « commission » versée par l'une des banques à l'autre ne constitue pas un prix puisqu'il n'y a, dans ce mécanisme, ni offereur ni demandeur mais exécution conjointe de deux mandats différents et complémentaires (indissociables) donnés à leur banque respective par deux clients dont l'un est créancier de l'autre en vertu d'une opération antérieure qui sert de cause au paiement. Le fait que la « commission interbancaire » soit fixe et la même pour tous assure une totale transparence au mécanisme – et permet de concilier les intérêts contradictoires des banques qui se confrontent par ailleurs les unes aux autres sur des marchés fortement concurrentiels.

Si l'on considère donc uniquement la circulation des moyens et / ou instruments de paiement, indépendamment de toutes tâches élémentaires complémentaires sans lesquelles cette circulation n'a pas d'objet, on n'est pas directement dans un mécanisme de marché. Les moyens et instruments de paiement ne sont pas en eux-mêmes objets d'échange¹⁰ ; ils n'en sont que la contrepartie nécessaire, sans laquelle aucun marché ne saurait exister¹¹.

Bien plus, sur un marché de libre concurrence, les différents offereurs entrent en compétition pour s'évincer les uns les autres – selon le principe de Hobbes : « mors tua, vita mea » – et offrir seuls à l'ensemble de la clientèle potentielle (ou à une part significative de celle-ci) un produit ou un service ayant une utilité en soi, indépendante de toute autre considération économique que celle de combler par lui-même un besoin solvable formulé par le demandeur.

À l'inverse, dans tout mécanisme de paiement en monnaie scripturale¹², aucune banque ne doit mettre

9. Notons au passage que, dans sa décision n° 10-D-28 du 20 septembre 2010, l'Autorité de la concurrence a confondu cette opération de délivrance de formules de chèque avec la notion juridique d'émission d'un chèque. Rappelons donc que l'émission d'un chèque est la remise de celui-ci par son tireur à son bénéficiaire.

10. « La monnaie n'est point un objet de consommation mais un intermédiaire d'échange » (J.B. Say, Cours à l'Athénée royale de 1816, 2^e leçon).

11. Pour X. Thunis, la monnaie « est, pour l'agent économique individuel, le moyen de se procurer des biens et services produits par le marché » (« Responsabilité du banquier et automatisation des paiements », Presses universitaires de Namur, 1996, p. 74 à 76).

12. « Le nom de monnaie doit être réservé, au-delà des moyens de paiement, aux actifs qui peuvent être transformés en l'un de ceux-ci sans condition, pour une quantité d'unités fixées dès l'origine et non susceptible de variation, sans que, par conséquent, cette transformation comporte un risque de perte ou une chance de gain sur la valeur nominale ». (R. Raymond, « La monnaie », RB Édition, Collection CESB, 1978, p. 22).

une autre en danger, sinon c'est tout le système des paiements¹³ qui se trouverait menacé. C'est bien pourquoi l'article 105 du Traité CE précise que « promouvoir le bon fonctionnement des systèmes de paiement » relève des « missions fondamentales » du Système européen de banques centrales.

Aucun établissement bancaire n'a jamais été ni offreur ni demandeur sur un quelconque marché de l'exécution d'une opération intermédiaire d'un paiement. Dès lors, et dans ce cadre, les banques ne sont pas en concurrence ; elles coopèrent nécessairement en tant qu'« intermédiaires de marché », pour reprendre l'expression des deux célèbres économistes Gurley et Schaw. Sans cette indispensable coopération, aucun marché développé d'aucun produit ni d'aucun service n'est possible car aucune contrepartie générale à l'échange ne pourrait être offerte, sauf à transférer des espèces, beaucoup plus coûteuses à manipuler, à expédier, à sécuriser et à transformer en actifs financiers rémunérés¹⁴, c'est-à-dire en capital.

Toute opération de paiement participe de la circulation monétaire et, dans ce cadre, le chèque, au même titre que la carte, le virement¹⁵ ou le prélèvement, apparaît comme un instrument dont l'unique but est de faire circuler la monnaie scripturale¹⁶. Ce sont des éléments nécessaires à l'utilisation des « moyens d'échange », c'est-à-dire des biens que « les gens acquièrent, ni pour leur consommation propre ni pour l'utiliser dans leurs propres activités de production, mais avec l'intention de les échanger ultérieurement contre des biens qu'ils veulent utiliser pour la consommation ou pour la production »¹⁷.

Pour la Banque de France, tout « moyen¹⁸ de paiement

peut être présenté comme un « réseau », dont les « nœuds » sont les acteurs impliqués dans le paiement (débitteur, créancier, intermédiaires financiers...) qui s'échangent l'information nécessaire au règlement de la transaction (...). Le développement d'un tel « réseau » est fondé sur la complémentarité des besoins des acteurs concernés ». Nous sommes bien loin d'un mécanisme de marché ! Et la Banque de France précise que la surveillance des moyens de paiement scripturaux qui lui est confiée « intègre donc naturellement, dans ses objectifs, le suivi des indispensables démarches coopératives engagées par les professionnels »¹⁹.

2 – La monnaie, condition de la liberté et de l'équilibre du marché

Contrairement à ce à quoi conduisent certaines interprétations des théories de Ricardo, une monnaie ne peut en aucun cas être réduite au rang de simple marchandise²⁰ faisant l'objet d'un marché indépendant, uniquement demandée pour elle-même dans un but de consommation finale – sauf, peut-être, pour Harpagon ! En effet, la monnaie est « le pivot de la structure générale des dettes dont dépend la pérennité même de la division marchande du travail »²¹.

Ainsi que l'ont démontré séparément K. Arrow et G. Debreu, elle n'est même pas un « bien économique » puisque son prix d'équilibre ne peut normalement être que nul. Si cette conclusion n'est cependant pas toujours vérifiée c'est que l'on fait jouer à la monnaie, à côté de son rôle premier d'instrument d'échange ou de paiement, un deuxième rôle : celui de « réserve de valeur ». Et, au titre de cette possibilité de « transmettre de la valeur d'une période à une autre », la monnaie peut effectivement avoir un prix d'équilibre positif (et donc devenir, à ce titre, et uniquement à ce titre, un « bien économique »

13. « Un système est un ensemble dont les parties sont interdépendantes mais dont le tout existe indépendamment des parties. [...] Techniquement un système de paiement est à la fois un réseau de communication, une base de données, un centre de traitement d'informations, un ensemble d'actifs matériels et immatériels, d'infrastructures et de personnels, de connaissance et de savoir-faire, de standards et de protocoles, etc. » (D. Rambure, « Les systèmes de paiement », *Economica*, 2005, p. 13). Dans un système de paiement tous les intervenants « sont tenus pour « égaux » financièrement et juridiquement : financièrement car ils sont réputés avoir le même credit rating (aucune banque ne peut refuser de prêter à une autre au motif qu'elle a des doutes sur sa solvabilité) ; juridiquement parce qu'aucun ne bénéficie au sein de la compensation d'un statut privilégié » (id. p. 28). C'est pourquoi ce système fonctionne sous la supervision de la Banque centrale et qu'à l'échelon européen cette supervision des systèmes de paiement est inscrite dans les statuts mêmes de la BCE.

14. « La monnaie est considérée comme un actif parmi d'autres, dont la seule spécificité est l'absence de rendement et de risque nominal » (J. Blanc, « Les monnaies parallèles : évaluation et enjeux théoriques du phénomène », *Rev. éco. fin.*, hiver 1998, p. 81).

15. Nous utiliserons, dans le corps de cette étude le terme de « virement » qui est d'usage courant, mais qui, en soi, est impropre. En effet, le virement est l'opération elle-même d'inscription d'une somme au débit d'un compte et au crédit d'un autre. L'instrument de paiement proprement dit n'est pas le virement lui-même, mais l'ordre de virement. Il en est de même pour le prélèvement : l'instrument de paiement est l'ordre de prélèvement.

16. « Tous les règlements scripturaux reposent sur le même principe : l'ordre donné par le titulaire du compte au gestionnaire de son dépôt de remettre des fonds à une personne déterminée qui, d'ailleurs peut être le titulaire du compte lui-même s'il s'agit, par exemple, d'un retrait d'espèces » (La monnaie et les systèmes de paiement en 1994, Banque de France, Direction générale des études, Collection Statistiques, n° 25, p. 43).

17. L. von Mises, « Abrégé de l'action humaine, traité d'économie », Les Belles Lettres, 2004, p. 95.

18. Au sens large du terme, désigne ici aussi bien les moyens que les instruments de paiement.

19. M. Andries et C. Martin, *Revue de la stabilité financière*, n° 5, nov. 2004, p. 95.

20. Sinon ce serait une drôle de marchandise, ayant « à la fois une valeur intrinsèque nulle et une valeur d'échange positive » (M. Aglietta et P. Deussy-Fournier, in *Rev. éco. intern.*, n° 59, 3^e trim. 1994). Pour certains juristes, comme F. Grua, la monnaie n'est pas un bien du tout. « C'est la seule chose qui soit faite uniquement pour être due. Sa seule fonction est d'être objet d'obligation » (Dalloz, 16 juillet 1998, « Le dépôt de monnaie en banque », ch. p. 259). Pour certains économistes aussi. Pour Schumpeter, par exemple, « la monnaie n'est pas un bien ou une marchandise, sa caractéristique est de leur servir de contrepartie » et « si la monnaie n'est pas un bien, alors il ne peut y avoir de besoin de monnaie, comme il y a un besoin de pain ou d'acier » (« Théorie de la monnaie et de la banque, T. II, Théorie appliquée », L'Harmattan, 2005, p. 7). Mais s'il ne peut y avoir de « besoin », elle ne peut être demandée sur un marché. Par ailleurs, selon la pensée d'Aristote, le fait de réduire une monnaie au rang de simple marchandise la rend totalement inapte à être le véhicule d'une quelconque solidarité communautaire. La différence d'approche que l'on rencontre entre « Politique » et « Ethique à Nicomaque » fait ressortir l'impossibilité pour les échanges au sein d'une société de se conformer spontanément « aux justes prix » et donc leur nécessaire couverture par des « justes prix conventionnels » qui exigent de la monnaie qu'elle fasse signe ou sens, en lieu et place des besoins naturels. Ce qui impose à la monnaie – quelle que soit sa forme – de « dépasser » le rang de simple marchandise.

21. J.-M. Servet, « L'euro au quotidien », Desclée de Brouwer, 1998, p. 34. Il précise à ce sujet : « La monnaie est intrinsèquement associée au lien social fondamental qu'est la dette, parce qu'elle est la forme sous laquelle s'exprime l'obligation de régler. C'est une dette réciproque des agents privés et de la société globale : on peut rendre à la société les ressources qu'on a prélevées parce que celle-ci accepte les produits qu'on en a tirés comme faisant partie de la division du travail. La monnaie est le médium de cette dette réciproque. En réglant les dettes particulières, la monnaie permet la relance des relations sociales par la création de nouvelles dettes. Elle est bien ainsi le pivot de la structure générale des dettes dont dépend la pérennité même de la division marchande du travail. La dette est le lien social qui définit ce que sont les sujets dans telle ou telle société ».

susceptible de donner lieu à un marché spécifique). Elle perd ainsi sa caractéristique première de moyen de paiement pour devenir un élément de capital. Elle ne devient pas pour autant une marchandise acquise dans un but de consommation finale, elle reste un « bien économique » intermédiaire.

C'est bien parce que le rôle des banques pour assurer la circulation monétaire est central et qu'il est indispensable au bon fonctionnement de l'économie que les pouvoirs publics ont réglementé la profession au point que nul ne peut exercer le métier de banquier sans être agréé et contrôlé par un organisme spécifique, l'Autorité de contrôle prudentiel, sans respecter des règles spécifiques édictées par le ministre de l'Économie et des Finances, sans appliquer les normes établies par le CFONB et sans entretenir un compte à la Banque de France. Les interventions des banques dans les mécanismes de paiement font à elles seules l'objet de tout un livre du code monétaire et financier. Il est bien évident que, dans ces conditions, on ne saurait considérer l'intervention des banques dans les mécanismes de paiement comme des opérations libres sur un marché, fut-il organisé. C'est pourquoi, le faible espace de liberté – surveillée – laissé aux banques pour fluidifier la circulation de tous les produits et services ne transforme pas obligatoirement leurs accords en « ententes ». Il en est désormais de même pour les prestataires de services de paiement²². Pas plus d'ailleurs que cette réglementation ne fait naître un « monopole bancaire »²³ malgré le raccourci un peu audacieux de l'Autorité de la concurrence dans sa décision n° 10-D-28 du 20 septembre 2010.

Pour permettre aux débiteurs de s'acquitter de leurs dettes, autrement que par la simple tradition de monnaie fiduciaire²⁴, les banques mettent à leur disposition un unique « moyen » qu'est la monnaie scripturale. Et, elles permettent de faire circuler cette unique monnaie scripturale par divers « instruments » : les chèques²⁵,

les virements, les cartes, les prélèvements, etc. C'est pourquoi, Irving Fisher avait déjà remarqué que « les intermédiaires circulants se divisent en deux catégories principales : la monnaie et les dépôts de banque »²⁶.

Sauf à imaginer un système dans lequel il n'existerait qu'une seule et unique banque (un monopole bancaire au sens propre) aucune banque ne peut avoir comme clients la totalité des agents économiques non financiers. Dès lors, pour qu'un paiement puisse avoir lieu, il est indispensable que la banque du créancier s'adresse à la banque du débiteur et à elle seule. Il en résulte que cette relation nécessaire n'est en aucun cas une opération entre offreurs et demandeurs sur un marché et que le mécanisme d'extinction de l'obligation n'est pas une opération de marché. Cette rencontre, entre les deux banques, n'est que celle de deux mandataires pour exécuter les volontés de leurs mandants respectifs.

Le mécanisme de paiement scriptural est, par nature, constitutif d'une coopération entre banques – dans laquelle chacune n'a qu'un rôle d'exécutant²⁷ – pour leur permettre de rendre de façon coordonnée des services différents à des clients différents mais qui éprouvent le besoin de dénouer ainsi entre eux des relations commerciales – ou autres – nées antérieurement et indépendamment de cette opération bancaire. Au moment où naît l'opération de marché qui se dénoue ainsi, les acteurs premiers que sont l'acheteur et le vendeur ne savent pas et ne cherchent même pas à savoir quelles seront les banques qui seront amenées à intervenir. Si chacun connaît son propre mandataire, nul ne connaît a priori celui de l'autre et il n'en a pas besoin. En fait chacun des mandants fait confiance à son propre mandataire car il sait que celui-ci entrera en relation avec le mandataire de l'autre et que, du fait de la réglementation à laquelle ils sont astreints et des contrôles auxquels ils sont soumis les deux mandataires sont aussi dignes de confiance l'un que l'autre pour exécuter l'opération. Autrement dit, les deux agents économiques non financiers, qui réalisent ainsi l'opération de marché d'origine, ont une égale confiance dans la solidité du système bancaire dans son ensemble, dans la solidité de toutes les banques prises individuellement et dans leur capacité à dénouer toujours et sans risque l'opération. Dans ce mécanisme, les banques ne sont pas en concurrence, mais cette non-concurrence est « au service de l'ordre concurrentiel » puisque, de façon nécessaire, elles « contribuent à l'expansion du champ d'application de l'ordre concurrentiel » et « à l'efficacité du fonctionnement de l'ordre concurrentiel »²⁸.

Même si la monnaie était un « bien économique » ce processus interbancaire ne serait pas restrictif de la concurrence puisque « l'homogénéisation d'un produit dans

22. Par la suite, et sauf indication contraire, l'intervention des banques dans la circulation des instruments de paiement sera transposable aux prestataires de services de paiement.

23. Ou alors, il faudrait considérer que ce « monopole » est partagé entre plusieurs milliers d'offreurs concurrents ! Ce que l'on désigne abusivement par « monopole bancaire » est en fait la réglementation qui interdit à quiconque d'exercer le métier de banquier avant de n'avoir été officiellement agréé par les autorités de tutelle et de contrôle. Cette expression montre simplement que la banque est une entreprise économique à part, qu'elle est privée des libertés courantes accordées normalement aux autres agents économiques.

24. La monnaie fiduciaire est « celle dont la valeur dépend plus ou moins complètement de la confiance qu'a le porteur dans la possibilité de l'échanger contre d'autres biens [...] ou, en tout cas, contre la quittance d'une dette ou contre des marchandises » (I. Fisher, « Le pouvoir d'achat de la monnaie », trad. Giard et Brière, 1926, cité in C. Tutin, « Une histoire des théories monétaires », Champs, 2009, p. 295). Cette expression est née avec l'apparition des billets à côté de la monnaie métallique, pour expliquer que l'on avait autant de confiance dans la capacité de ses morceaux de papier colorés à libérer le débiteur de sa dette que la pièce de monnaie d'or ou d'argent.

25. Si, en 2009, les Français font encore beaucoup de chèques (56 par an / personne), les banques allemandes et néerlandaises ont réussi à les faire quasiment disparaître en les facturant à leurs clients. Fin décembre 2009, les banques britanniques ont annoncé qu'elles avaient décidé de mettre fin aux paiements par chèque à partir de 2018. Cette évolution de l'importance du rôle joué par le chèque dans le mécanisme des paiements se veut sans incidence sur le volume des échanges commerciaux car il existe des instruments qui lui sont substituables, tant pour le consommateur que pour le commerçant. En effet, les consommateurs des pays concernés par

cette lutte des banques contre l'usage du chèque ont utilisé, à sa place, d'autres moyens et / ou instruments de paiement... essentiellement des espèces !

26. « Le pouvoir d'achat de la monnaie », trad. Giard et Brière, 1926, cité in C. Tutin, « Une histoire des théories monétaires », Champs, 2009, p. 295.

27. J.-L. Rives-Lange et M. Contamine-Raynaud, « Droit Bancaire », Dalloz, 5^e éd., 1999, p. 365.

28. Y. Serra, « Non-concurrence et ordre concurrentiel », in « Mélanges en l'honneur d'Antoine Pirovano », Frison-Roche, 2003, p. 580.

un système de producteurs concurrents contient en germe la différenciation du produit et non la disparition de la concurrence. Chaque émetteur s'efforcera de donner à [son produit], au-delà des normes minimales requises, des caractéristiques spécifiques supplémentaires de façon à attirer de nouveaux clients »²⁹.

C'est « l'échange de créances entre les banques ou, plus spécifiquement, la compensation (clearing) interbancaire organisée qui est au cœur du système bancaire et qui constitue la poutre maîtresse de l'édifice des moyens de paiements bancaires »³⁰. Sans ces échanges organisés, il ne saurait y avoir de monnaie scripturale et aucune banque gérant de la monnaie scripturale n'est libre de choisir d'y participer ou de n'y pas participer³¹. En particulier, dans le mécanisme de la compensation, il n'y a ni « vendeur de chèque » ni « acheteur de chèque » ; de même qu'il n'y a ni « vendeur de virement » ni « acheteur de virement », ni « vendeur de prélèvement » ni « acheteur de prélèvement », ni « vendeur de facturette » ni « acheteur de facturette »³²... Aux chèques, virements, prélèvements, facturettes, etc., ne correspond aucune fonction de demande propre. Il existe une demande d'un bien ou d'un service, et pour que cette demande puisse avoir un effet utile il y a soit une simple mobilisation de monnaie – fiduciaire ou scripturale – soit une demande de service de caisse. La rencontre entre les banques, pour effectuer la circulation monétaire, ne saurait être constitutive d'une relation de marché, elle est une condition nécessaire de l'existence et du fonctionnement de tout marché. Elle relève de l'interbancaire. Or l'interbancaire suppose une certaine standardisation. Et, comme toute standardisation, l'interbancaire constitue d'un point de vue économique une externalité³³ positive. « Mais comme il s'agit d'une externalité, il faut de la régulation. Le libre jeu du marché ne va pas produire le niveau optimal de standardisation »³⁴, pas plus dans le mécanisme des paiements que dans aucun système financier.

Par ailleurs, d'un point de vue économique, seul peut faire l'objet d'une concurrence un produit ou un service sur lequel un agent économique possède un droit privatif lui permettant d'en disposer librement et l'autorisant donc à en faire baisser le coût ou à en améliorer la qualité, de façon à le rendre plus attrayant que des produits considérés comme substituables³⁵ par les demandeurs et

qui pourraient être offerts par des entreprises concurrentes. Ainsi, en poursuivant son intérêt individuel, chaque agent économique supposé agir rationnellement concourt à une allocation optimale des ressources. Or, en ce qui concerne la monnaie, même scripturale, aucune banque commerciale ne dispose sur elle d'un tel droit privatif; aucune ne peut, à elle seule, en améliorer la qualité alors qu'une seule suffit à faire chuter la qualité de toute la circulation monétaire.

B – LES BANQUES, INTERMÉDIAIRES DE MARCHÉ

1 – Le rôle des banques dans le mécanisme de paiement scriptural

Ce qui est fondamentalement en cause dans le paiement scriptural c'est l'intervention de la banque présentatrice d'un chèque et de la banque tirée du même chèque (de la banque émettrice et de la banque réceptrice d'un virement...) dans l'accomplissement d'une opération de paiement ordonnée par cet instrument via le mécanisme de compensation³⁶. Il s'agit des modalités de coopération entre deux établissements qui ne se sont pas choisis, mais qui doivent nécessairement se rencontrer pour rendre, en commun, un service à deux autres agents économiques sans que ce service n'interfère avec la relation sous-jacente préexistant entre ces deux agents non bancaires. Il n'y a pas là confrontation d'un offreur de services et d'un demandeur de services, mais association de plusieurs professionnels pour réaliser ensemble un service offert aux autres agents économiques et permettre, ainsi que l'a expliqué B. Sousi, « l'exécution d'une obligation contractée, par ailleurs, par leurs clients respectifs »³⁷. Il ne s'agit pas d'une opération de marché mais « exclusivement d'une mission que les banques doivent remplir dans l'intérêt général »³⁸.

Si les échanges interbancaires se passaient sur un marché, il faudrait non seulement que le demandeur et l'offreur soient l'un et l'autre libres de procéder ou non à l'échange³⁹, mais aussi qu'ils soient libres de choisir avec qui procéder à cet échange et libres aussi des quantités à échanger. On mesure ici que non seulement les éléments objectifs du marché font défaut mais encore ses éléments subjectifs. Si les conditions d'un marché étaient réunies, l'offreur (le banquier présentateur) ne maintiendrait son offre (sa présentation du chèque au paiement) que pour autant que le prix obtenu pour la vente de son produit ou service couvrirait au moins les frais variables directement imputables. S'il n'en était pas ainsi, soit il n'aurait aucun intérêt à participer à l'échange, soit l'échange ne pourrait pas être dissocié

29. E. Froment, in « Droit et monnaie », Litec, 1988, p. 302.

30. J.-A. Schumpeter, « Théorie de la monnaie et de la banque, T. I, L'essence de la monnaie », L'Harmattan, 2005, p. 202.

31. En France, la participation au mécanisme est obligatoire en vertu de l'article 2 du règlement CRBF, n° 2001-04 du 29 octobre 2001, qui a abrogé et remplacé la décision de caractère général du Conseil national du crédit, n° 79-05 du 24 avril 1979.

32. Car la carte, en elle-même, ne permet de réaliser le paiement que s'il y a émission de facturette ; de même qu'un RIB, sans ordre de prélèvement ou de virement, est en soi insuffisant pour enclencher un paiement.

33. On désigne sous le concept d'externalité le fait que l'activité économique d'un agent affecte le bien-être économique d'un autre agent sans que ni l'un ni l'autre ne reçoive de contrepartie marchande pour cet effet.

34. Professeur B. Biais, L'Agéfi Hebdo, 20 mai 2009.

35. Pour J. Clark, la notion de marché est la notion la plus délicate à définir de tout le droit de la concurrence. Elle est délicate car sa « définition nécessite la prise en compte de nombreux faits et est entachée d'inexactitudes. La science économique offre un moyen de résoudre ce problème – déterminer et mesurer le degré de substituabilité des produits et des lieux de production ou d'approvisionnement –, mais ce modèle est quasiment impossible à utiliser de façon scientifique » (Revue de l'OCDE sur le droit de la concurrence, Vol. 1, n° 1,

1999, p. 152).

36. La décision de caractère général du Conseil national du crédit, n° 79-05, relative à la compensation des chèques, du 24 avril 1979, avait rendu obligatoire la participation de toutes les banques inscrites en France aux opérations de compensation.

37. Revue Dalloz, 1994, ch. P. 197.

38. CJCE, aff. C-387/92, 15 mars 1994.

39. Même sur un marché totalement administré cette liberté subsiste.

d'une autre opération sous-jacente lui permettant de trouver un intérêt économique indirect. Il s'agit d'un point essentiel qui interdit de considérer l'échange proprement dit comme étant intervenu sur un marché librement concurrentiel⁴⁰.

La banque ne vend pas à ses clients le seul « service » de la présentation d'un chèque au paiement ou du paiement d'un chèque. Le service qu'elle propose est le « service de caisse » qui est matérialisé par le compte et auquel sont associées diverses options : les chèques, la carte bancaire, les ordres de virement ou de prélèvement, etc. Pas plus que la peinture métallisée d'une voiture ne peut être vendue indépendamment de la voiture, de même, l'encaissement ou le paiement d'un chèque ne peut pas être « vendu » indépendamment du mécanisme du compte.

Dès lors qu'une banque a accepté d'ouvrir un compte de dépôt⁴¹ (ou un compte courant) à l'un de ses clients, elle est susceptible de devenir un jour banque présentatrice – sauf s'il s'agit d'une banque captive de la grande distribution qui ne cherche pas réellement à rendre un service bancaire à des clients mais à utiliser le statut bancaire pour rendre un service financier à sa maison mère... ou rendre les clients de cette maison mère de plus en plus captifs ! Dès lors qu'une banque a accepté de doter un seul de ses clients de formules de chèques, elle est susceptible de devenir à tout moment banque tirée – et l'on constate que les banques captives de la grande distribution ne mettent aucune formule de chèque à la disposition de leurs clients particuliers.

Pour chacune des banques intervenant dans le mécanisme des paiements, ces décisions initiales entraînent obligatoirement et immédiatement la potentialité de procéder à un échange de valeurs avec toutes les autres banques ; et, de plus, en jouant alternativement le rôle de banque tirée et celui de banque présentatrice,

mais sans savoir dans quelles proportions. En effet ces encaissements et paiements de chèques résulteront ultérieurement des mandats donnés par les mandants (les clients titulaires d'un compte) et seront donc le résultat de décisions unilatérales du client. En ouvrant un compte à un client, la banque accepte de jouer ultérieurement le rôle de mandataire de son client pour toutes les opérations de paiement qu'il lui plaira de lui confier et quel que soit le rôle qu'il lui demandera de jouer dans l'opération. En ouvrant un compte, le client choisit et désigne le mandataire à qui il pourra, par la suite, confier les opérations de paiement qu'il voudra, selon les modalités qu'il décidera (chèque, virement, espèces, carte...).

Certes, le fait pour une banque d'avoir essentiellement une clientèle de particuliers conduit, en principe, à être plus souvent banque tirée de chèques que banque présentatrice (plus souvent banque débitrice de prélèvement que banque émettrice, plus banque de porteur de carte que banque « acquéreur »...), comme le fait pour une banque d'avoir surtout une clientèle d'entreprises conduit, en principe, à être plus souvent banque présentatrice que banque tirée. Cependant, le choix, pour les banques d'avoir une politique commerciale plus tournée vers tel ou tel type de clientèle ne repose pas uniquement sur l'aptitude de la banque à offrir telle ou telle « option », tel ou tel instrument de paiement – indépendamment de tout autre – car toute ouverture d'un compte à un client impose à la banque de traiter toutes les opérations transitant par ce compte, au choix exclusif du client. La seule façon, théorique, pour une banque présentatrice de ne pas participer ne serait-ce qu'à un seul échange est de clôturer tous les comptes de dépôt et tous les comptes courants de tous ses clients. La seule façon pour une banque tirée de ne pas participer, ne serait-ce qu'à un seul échange, serait de récupérer toutes les vignettes de chèques qu'elle a antérieurement distribuées à tous ses clients et qui n'ont pas encore été échangées⁴². Et, en vertu de l'arrêt de la Cour de cassation du 28 mai 2009, la banque considérée devrait alors motiver chacune de ses demandes de restitution⁴³. En pratique cela ne s'est jamais vu. De plus, si une banque a fait le choix, ne serait-ce qu'une fois, d'offrir à ses clients le service du compte de dépôt elle n'est même plus intégralement libre de répondre ou non au choix de ses clients, dans la mesure où il existe en France un droit au compte et où elle peut être tenue d'ouvrir un compte à telle ou telle personne avec qui elle n'aurait pas envie de contracter mais qui lui aurait été désignée – imposée – par la Banque de France⁴⁴.

40. Voir en ce sens l'arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation en date du 5 mai 2009 (pourvoi 08-15290) dans lequel il a été considéré que les sociétés de routage qui ne faisaient qu'agréger les présentations de courrier émanant de leurs clients n'étaient pas elles-mêmes clientes de La Poste : « les sociétés de routage ne sont pas les clients de La Poste au titre des envois effectués pour le seul compte des émetteurs et elles ne sont ni juridiquement ni pratiquement dans une situation équivalente à celle des émetteurs pour la détermination d'une remise commerciale fondée sur la spécificité de la demande des clients... ». Dans son arrêt du 26 mars 2008, la cour d'appel de Paris avait précisé que « les entreprises de routage n'ont pas de fonction de demande propre dès lors qu'elles ne sont pas à l'origine des courriers qui leur sont confiés... ».

41. La loi du 13 juin 1941 définissait ainsi le dépôt : « sont considérés comme fonds reçus sous forme de dépôts, quelle que soit leur dénomination, tous fonds que toute entreprise ou personne reçoit avec ou sans stipulation d'intérêt de tous tiers sur sa sollicitation ou à la demande du déposant, avec le droit d'en disposer pour les besoins de son activité propre sous la charge d'assurer audit déposant un "service de caisse" et notamment de payer, à concurrence des fonds se trouvant en dépôt, tous ordres de disposition donnés par lui, par chèques, virements ou de toute autre façon, en sa faveur ou en faveur de tiers et de recevoir, pour les joindre au dépôt, toutes sommes que ladite entreprise ou personne dépositaire aura à encaisser pour le déposant, soit d'accord avec celui-ci, soit en vertu de l'usage ». Dans cette définition, l'exécution d'un paiement ou l'encaissement d'un paiement n'est pas un service autonome rendu par la banque à ses clients, mais la contrepartie de la possibilité d'utiliser à son profit les sommes déposées. L'exécution ou l'encaissement d'un paiement n'est donc pas l'objet d'un marché mais le prix à payer pour obtenir le dépôt. Aujourd'hui, l'article L. 312-2 du code monétaire et financier définit les « fonds reçus du public » sans définir la notion de « dépôt » : « Sont considérés comme fonds reçus du public les fonds qu'une personne recueille d'un tiers, notamment sous forme de dépôts, avec le droit d'en disposer pour son propre compte, mais à charge pour elle de les restituer ».

42. Et encore... car un chèque sur papier libre est juridiquement valable ! Quant aux ordres de virement ou aux autorisations de prélèvement, ils peuvent être librement émis sans document préalable délivré par la banque du débiteur.

43. 1^{re} civ. (CLCV / Société générale, n° 08-15.802). Dans cet arrêt, la Cour de cassation a d'ailleurs exigé la même obligation de motivation pour retirer une carte de paiement au titulaire d'un compte à qui elle avait été attribuée.

44. « En instaurant ainsi le droit pour toute personne physique ou morale de disposer d'un compte, le législateur entendait non seulement accompagner l'évolution des habitudes du public confronté au développement de la monnaie scripturale, mais aussi remédier à une contradiction tenant à ce qu'il existe une obligation de droit

Un établissement de crédit, porteur d'un instrument de paiement, remis par un de ses clients, commerçant, ne peut l'échanger contre le moyen de paiement correspondant que dans la mesure où lui-même peut se faire « payer » par l'établissement tenant le compte de l'émetteur de cet instrument. En effet, « la réalisation d'un transfert de fonds à l'aide d'un moyen de paiement quelconque nécessite une double opération : une inscription au débit d'un compte et une inscription au crédit d'un autre compte. Ce jeu d'écritures n'est possible qu'en raison des mandats dont ont été investis les établissements de crédit : un mandat pour débiter, également appelé ordre de paiement, et un mandat d'encaissement. (...) L'exécution de ces mandats est relativement simple lorsque les comptes à débiter et à créditer sont tenus par le même établissement de crédit : ce dernier cumule les mandats de payer et d'encaisser. Lorsque les comptes sont tenus par deux banquiers, la situation est plus complexe »⁴⁵. Elle nécessite que les deux banquiers se rapprochent l'un de l'autre. « Bien souvent, faute d'un rapport direct entre banquier du donneur d'ordre et banquier du bénéficiaire, la réalisation du virement requiert l'intervention d'un banquier intermédiaire, parfois même de plusieurs. Ce dernier agit en tant que mandataire substitué du banquier du donneur d'ordre ; la situation est donc régie par l'article 1994 du code civil »⁴⁶, c'est-à-dire que « le mandataire répond de celui qu'il s'est substitué dans la gestion ».

L'un des objets tant du passage à l'EIC que de la mise en place du GSIT ou des travaux relatifs à STET a été de permettre à tous les banquiers, sous le contrôle de la Banque de France, de « se rencontrer » directement et en permanence, et de faire ainsi disparaître la nécessité de recourir à un intermédiaire⁴⁷.

Il n'y a dans la réalisation d'une opération de paiement nulle relation de marché. En effet, dans toutes ces relations, ce n'est pas un demandeur d'un produit ou d'un service qui se rapproche d'un offreur, c'est l'ancien et le nouveau dépositaire d'une certaine quantité de monnaie scripturale qui se rencontrent pour exécuter, ensemble, la volonté de leurs clients respectifs. Dans le cas du chèque, le mandat donné par le débiteur à sa banque, d'avoir à payer le créancier, n'est pas transmis directement ; il l'est par l'intermédiaire de la banque de son créancier. Dans le cas du virement, à l'inverse, le mandat de payer est directement transmis à sa banque par le débiteur. Dans le cas du prélèvement, un mandat général préalable est transmis à la banque du débiteur par celle du créancier

qui permet au débiteur de ne plus signer ultérieurement chaque ordre particulier⁴⁸. Dans le cas d'un TIP, le mandat, pré-rempli par le créancier et signé par le débiteur est transmis à la banque du débiteur par l'intermédiaire d'un prestataire technique qui transforme l'ordre donné sur papier en un ordre électronique...

Dans le cas du chèque, donc, le mandat de payer est incorporé au chèque lui-même et, lorsque le banquier encaisseur présente le chèque au banquier tiré il exécute le mandat que lui a confié son client (le créancier de l'opération commerciale sous-jacente), mandat qui est d'abord celui de transmettre au banquier tiré le mandat de payer incorporé au titre. Lors du règlement du solde de compensation le banquier tiré exécute à son tour le mandat spécifique qu'il a ainsi reçu. Et, comme tout mandataire diligent, il doit « prendre toutes les initiatives qu'impose l'intérêt du mandant, sans pouvoir se retrancher derrière des instructions impératives mais incomplètes dans la mesure où ces initiatives sont les suites nécessaires de [sa] mission »⁴⁹. Les rencontres et accords entre banques, qui ont pour but d'organiser le fonctionnement du système interbancaire, ne sont rien d'autre que la mise en jeu de cette diligence due au mandant.

Si l'on examine le mécanisme, selon la théorie de l'économie des organisations, on doit encore considérer que le marché est essentiellement « un mécanisme de transfert des droits de propriété »⁵⁰. Or, dans le mécanisme du paiement [par chèque] il n'y a pas véritablement transfert d'un droit de propriété, car la banque présentatrice acquiert simplement, « à travers une interface technologiquement séparable »⁵¹, un droit limité de création de monnaie scripturale, antérieurement détenu par la banque tirée, pour en faire bénéficier son client remettant. Le client lui-même n'acquiert aucun droit de propriété à raison de la monnaie qu'il détient – quelle qu'en soit la forme – mais seulement un droit de créance sur la société tout entière à laquelle il appartient et dans laquelle cette monnaie est recevable. Il s'agit donc d'un transfert non marchand, indispensable, puisque « la rationalité économique justifie la coopération des producteurs dans des collectifs qui pourraient être assimilés à des entreprises »⁵². Dans la mesure d'ailleurs où l'État rend obligatoires certains paiements en monnaie scripturale, il met à la charge d'un agent économique un véritable impôt : à la charge de la banque si l'instrument de paiement utilisé est d'usage gratuit⁵³, tant pour le débi-

ou de fait pour certaines personnes d'être titulaires d'un compte (commerçants, salariés...) alors que la liberté contractuelle est la règle en matière d'ouverture et de fermeture de compte... » (« Le droit au compte », Bulletin trimestriel de la Banque de France, n° 178, 4^e trim. 2009, p. 85 et s.). Dans cette étude l'auteur rappelle que « les textes fondateurs du dispositif évoquaient la possibilité, pour l'établissement désigné, de limiter les services liés à l'ouverture du compte aux opérations de caisse... », lequel était au début, limité aux « dépôts et retraits en espèces, virements et encaissements de chèques ». Depuis la liste des services associés a été fixée par décret.

45. T. Bonneau, « Droit bancaire », Montchrestien, 1994, p. 243.

46. M. Cabrillac, « Le chèque et le virement », Litec, 5^e éd. 1980, p. 220.

47. D. Rambure ajoute deux avantages :

* « Pour une masse monétaire donnée, la vitesse de circulation de la monnaie augmente au fur et à mesure que les performances du système des paiements s'améliorent (les délais de paiement sont plus courts) ».

* « Un système de paiement est conçu pour réduire le volume de liquidités nécessaires au dénouement d'un grand nombre de transactions... » (« Les systèmes de paiement », *Economica*, 2005, p. 31).

48. Dans le cadre du débit direct (SEPA), le système est encore abâtardi puisque l'ordre de prélèvement directement transmis par le créancier vaudra mandat de payer pour la banque du débiteur.

49. P. Pétel, « Le contrat de mandat », Dalloz, 1994, p. 53.

50. C. Ménard, « L'économie des organisations », La Découverte, 1995, p. 16.

51. O. Williamson, *The Journal of economic literature*, Vol. XIX, décembre 1981, p. 1544.

52. H. Gabrié et J.-L. Jacquia, « La théorie moderne de l'entreprise », *Economica*, 1994, p. 61.

53. Le 24 avril 2001, à l'initiative de G. Sarre, l'Assemblée nationale avait même voté une modification de la rédaction de l'article 131-71 du code monétaire et financier, texte que le gouvernement a fini par faire retirer à cause de sa lourdeur. La rédaction proposée par G. Sarre était la suivante : « Le banquier met, gratuitement et sans limitation de nombre, des formules de chèques à la disposition de tout titulaire d'un compte, sauf si celui-ci n'a pas recouru, après injonction, la faculté d'émettre des chèques en application des dispositions de l'article 131-78. Les formules de chèques, non utilisées, sont restituées lors de la fermeture du compte. L'émission de chèques et leur traitement

teur que le créancier ; à la charge du débiteur si celui-ci doit payer l'utilisation dudit instrument ; indirectement à la charge du créancier si l'instrument est d'accès gratuit pour le débiteur, que la banque de celui-ci est autorisée à demander une « commission » (qu'elle soit bilatérale ou multilatérale) à la banque du créancier et que cette dernière est autorisée à la répercuter audit créancier. Cet « impôt » peut aussi être partagé entre plusieurs acteurs si, par exemple, le montant de la « commission » ne couvre pas tous les frais de la banque du débiteur ou si la banque du créancier ne répercute pas l'intégralité de la « commission » versée à la banque du débiteur sur son client bénéficiaire.

2 – Une intermédiation qui n'est pas une confrontation

Les échanges entre banques nécessaires à l'exécution d'un paiement scriptural n'ont pas lieu sur un « marché » au sens que l'on donne habituellement à ce terme, ou, ce qui revient au même, le système interbancaire ne fonctionne pas comme un marché tel que le droit de la concurrence est en position de l'appréhender. Il possède, en effet, « une caractéristique très particulière : il n'existe pas un point d'équilibre, c'est-à-dire un taux d'intérêt et une quantité de prêts qui rendent égales l'offre et la demande. Cela vient de ce que l'on n'y négocie pas des marchandises, des biens ou services ayant une existence réelle, mais des positions débitrices et créditrices qui sont par définition égales, en vertu de l'égalité des débits et des crédits qui constitue le principe de base de la comptabilité »⁵⁴.

Certains ont cependant essayé de chercher dans cette coopération nécessaire un mécanisme de marché en appliquant à l'opération de paiement la théorie du « marché biface »⁵⁵. En vertu de cette théorie, l'ensemble des banques constituerait une « plate-forme » qui rechercherait en soi une efficacité économique, à travers une tarification différenciée du débiteur et du créancier de l'opération sous-jacente, au mépris d'ailleurs du code monétaire et financier qui impose aux banques de délivrer gratuitement à leur clientèle des vignettes de chèques⁵⁶. En raisonnant ainsi, ils veulent ignorer que la relation économique sous-jacente entre le débiteur de l'obligation et son créancier préexiste à l'opération de

paiement – qui n'en constitue que l'achèvement – et qu'elle est décidée indépendamment de la manière dont elle est dénouée, sans même savoir quels seront les établissements qui la dénoueront. Aucune banque ne peut, en agissant sur ses propres relations avec les autres, influencer le marché sous-jacent qui lui sert de cause, sauf à porter atteinte au bon fonctionnement du système des paiements et, par là, à la cohésion de la société tout entière.

La monnaie n'est pas un bien auquel on peut appliquer la théorie de l'offre et de la demande puisqu'elle n'entre pas dans les préférences des individus, autrement elle ne serait qu'un bien ordinaire, et non une monnaie. La monnaie est d'abord un ensemble de règles, un système de paiement. À ce titre il est régi par l'article L. 330-1-1 du code monétaire et financier selon lequel tout système de paiement doit « soit avoir été institué par une autorité publique, soit être régi par une convention-cadre respectant les principes généraux d'une convention-cadre de place ou une convention type ». C'est une « institution », sans laquelle le marché n'est pas possible. Plus globalement encore, « la monnaie est le média qui transforme la somme des échanges de biens en ordre organisé »⁵⁷. Le mécanisme des paiements n'a pas du tout pour but de favoriser les échanges entre des opérateurs indépendants cherchant à maximiser une quelconque utilité ou un quelconque profit, mais d'assurer l'unité du circuit de la monnaie scripturale, unité sans laquelle les marchés commerciaux des biens et services ne pourraient pas fonctionner de façon optimale.

La monnaie – prise en tant que contrepartie de toute transaction⁵⁸ et non pas en tant que moyen de financement ou de spéculation – n'est donc pas en soi un élément du marché ; elle en est la condition⁵⁹. Elle se doit d'être un « équivalent général » et la mission essentielle des banques est de mettre en œuvre les moyens qui permettent d'assurer cette fonction en toute sécurité. « La monnaie, ou système de paiement, est l'institution qui rend possible la coordination des actions économiques des individus. Elle est, en fait, un autre nom pour désigner la coordination par le marché. Sans elle, le marché n'est pas pensable »⁶⁰. « La monnaie n'est pas une marchandise qui est, elle, objet mais pas moyen d'échange »⁶¹.

Dans ce mécanisme, les banques entre elles « ne sont ni juridiquement ni pratiquement dans une situation équivalente à

par le banquier sont également gratuits pour le titulaire du compte ».

54. J. Bichot, « La monnaie et les systèmes financiers », Ellipses, 1997, p. 58.

55. En fait cette analyse s'est développée par analogies successives. Initialement élaborée dans le monde des médias pour analyser l'importance économique de la publicité pour attirer des lecteurs, auditeurs ou téléspectateurs qui n'exprimeraient pas le besoin d'accéder au contenu journalistique, au prix permettant d'équilibrer le bilan de chaque medium considéré, elle a été étendue aux « sociétés de cartes bancaires telles que Visa ou MasterCard » avant d'être ensuite appliquée aux paiements par chèque, puis à tous les instruments de paiement. Mais si la théorie a donné lieu à des réflexions dans le cadre des médias, son application au domaine bancaire ne s'est faite que par analogie, sans analyse critique.

56. Au regard du calcul du prix de revient du chèque pour la banque tirée, cela représente la quasi-totalité des coûts variables ; les frais semi-variables sont essentiellement représentés par l'amortissement des logiciels et matériels de traitement des chèques qui sont très faibles au regard des coûts variables, l'autre grande masse étant constituée par les frais de structure dont l'affectation à un service plutôt qu'à un autre ne relève pas d'une logique produit, mais de la politique commerciale globale de chaque banque.

57. M.-A. Frison-Roche, « Valeurs marchandes et ordre concurrentiel », in « Mélanges en l'honneur d'Antoine Pirovano », Frison-Roche, 2003, p. 225.

58. « Utiliser de la monnaie, c'est d'abord essayer de répondre à la possibilité d'une non-coïncidence entre les désirs. J'échange un bien non pas contre un autre, mais contre un équivalent qui me permettra d'acquiescer plus tard ce que je désire » (M. Cuillera, « Spéculation, éthique, confiance », Payot, 2009, p. 104).

59. « Pour qu'un échange économique ait lieu ; il faudrait que les objets échangés aient une commune mesure. Or, comme c'est la monnaie qui génère cette mesure ; sans monnaie, il n'y aurait pas de valeur économique... Dans ce cas de figure, la monnaie est la condition de l'échange, mais elle est une condition d'un genre particulier, puisqu'elle n'est pas elle-même objet d'échange. En tant que condition et facteur de l'échange, elle doit être un élément neutre et impersonnel, abstrait et général, sans rapport naturel avec les objets échangeables » (M. Cuillera, « Spéculation, éthique, confiance », Payot, 2009, p. 69).

60. J. Cartelier, « La Monnaie », Flammarion, 1996, p. 61.

61. M. Niyonzima, « La clause de monnaie étrangère dans les contrats internationaux », Bruylant, 1991, p. 18.

celle »⁶² de leurs clients respectifs, que ce soit dans l'opération sous-jacente qui sert de cause au paiement ou dans les relations que ceux-ci entretiennent avec les banques et qui se nouent dans le cadre du fonctionnement des comptes à vue. Les banques « n'ont pas de "fonction de demande propre" dès lors qu'elles ne sont pas à l'origine »⁶³ des paiements.

Le système interbancaire⁶⁴ de paiement n'a pas du tout pour but de favoriser les échanges directs entre des opérateurs indépendants, cherchant à maximiser une quelconque utilité ou un quelconque profit, mais d'assurer l'unité du circuit monétaire de la monnaie scripturale, unité sans laquelle les marchés commerciaux des biens et services ne pourraient pas fonctionner de façon optimale. Il est indispensable que dans ce système la sécurité absolue de tous les intermédiaires soit en permanence assurée.

C – LA FONCTION SOCIALE DE LA MONNAIE

L'analyse que les économistes présentent du concept même de monnaie rejoint la conception des juristes, mais pour des raisons complémentaires. Ainsi, E. Alfandari soutient-il que la monnaie n'est pas « une marchandise en droit interne pour une raison très simple, celle du principe du nominalisme monétaire, donc de la fixité de la valeur⁶⁵, donc de la non-application de la loi de l'offre et de la demande. Une marchandise doit être soumise à la loi de l'offre et de la demande. Ce n'est pas le cas de la monnaie en droit interne »⁶⁶.

62. Cf. Cass. com., 5 mai 2009, pourvoi 08-15290.

63. Cf. Cass. com., 5 mai 2009, pourvoi 08-15290.

64. Réduire le système interbancaire à un mécanisme de marché, c'est mettre l'accent sur la faiblesse majeure des théories économiques libérales, dans leur formulation primitive, et que dénonce fort justement S. Bergeron : « le modèle walrassien, démontrant l'existence d'un équilibre instantané d'interdépendance des marchés de concurrence pure et parfaite, et reconnu comme fondateur du paradigme néoclassique, repose sur un postulat de base : le comportement du producteur ou du consommateur est exclusivement guidé par les marchés, qui, par le biais du système de prix, fournissent instantanément toute l'information nécessaire à la prise de décision. Autant dire que l'agent est un pur price taker, répondant à une information par nature : • exogène (marchés), codifiée (prix), et donc concerné a priori ; • parfaite, i.e. totalement, librement et instantanément disponible lors de la décision. D'une telle nature de l'information, nous pouvons déduire que la compétence de chaque producteur ou son aptitude, en termes de performance, à recevoir et utiliser l'information véhiculée par les prix pour maximiser son profit est parfaite, instantanée. Elle ne peut entraver les décisions et actions, automatiquement, instantanément optimales, et exclusivement conduites par des objectifs et résultats attendus : la rationalité, normative, est substantiellement parfaite (H.A. Simon, 1976) ou, ce qui revient au même, la compétence, donnée a priori (L. Marengo, 1994), est parfaite. Dans un tel contexte, la **coordination des compétences**, qui suppose une dissymétrie des rationalités, ne peut être qu'exclue de l'analyse » (cité dans *Problèmes économiques*, n° 2501, 18-25 novembre 1998, p. 13 à 16, sous le titre : « L'économie de la firme : introduction aux principales théories »).

65. La dimension sociologique de la monnaie conduit à mettre l'accent sur le fait que la valeur est d'abord et avant tout une « relation d'équivalence ». Certes, cette notion d'équivalence peut être subjective ou objective. Mais, justement, le raisonnement suivi par les théoriciens de la libre concurrence sur un marché pur et parfait est toujours parti du fait que la connaissance objective de la relation d'équivalence n'était pas accessible directement, qu'elle ne pouvait se déterminer par la libre confrontation des connaissances subjectives qu'en ont les acteurs sur un marché. Mais, justement, le mécanisme du marché, dans la mesure où il est pur et parfait, permet d'aboutir à l'unique valeur objective à partir de la confrontation de la multitude la plus grande possible des relations subjectives d'équivalence.

66. « Droit et monnaie », Litec, 1988, p. 155.

Si « l'essence de la monnaie est de circuler »⁶⁷, si la monnaie est bien ce « crédit circulant » dont parle Charles Rist⁶⁸ à la suite du banquier Warburg, le mécanisme interbancaire de compensation – qu'il s'agisse des chambres de compensation ou du Système interbancaire de télécompensation ou de tout autre système – n'est pas une entente relative au fonctionnement d'un marché mais la mise en place de la condition nécessaire qui permet de transformer en monnaie apte à circuler les actifs financiers déposés en banque, tout en assurant à la monnaie, y compris scripturale, son rôle fondamental de « lien social »⁶⁹. Mais ce « lien social » ne peut pas être lui-même livré au simple jeu du marché (dont la théorie libérale a essayé de décrire l'équilibre à partir de la notion de « valeur » en occultant pour cela le rôle de la monnaie) car le lien social concerne l'ensemble d'une communauté, alors que le marché se rapporte aux échanges individuels. « Abandonné au seul principe de l'équivalence de valeur des biens échangés, le marché n'arrive pas à produire la cohésion sociale dont il a pourtant besoin pour bien fonctionner »⁷⁰. Le rôle de « lien social » confère à la monnaie le caractère de « bien collectif », c'est-à-dire de bien accessible à tous sans condition. Il est ainsi nécessaire au fonctionnement d'un marché et constitue la condition fondamentale de l'émergence d'un espace économique optimal. Toute personne, sauf à être exclue de la communauté unie par ce lien social, doit pouvoir y avoir accès gratuitement⁷¹ à raison de la créance qu'elle détient sur la société – quelle que soit l'origine de cette créance. Ce « lien social » est indispensable au fonctionnement de tout marché libre. En effet sur un tel marché, les producteurs et les consommateurs prennent leurs décisions indépendamment les uns des autres. Mais, globalement, tout producteur d'un bien ou un service échangé sur un marché est aussi un consommateur des autres biens et services échangés sur d'autres marchés ; tout consommateur d'un bien ou d'un service acquis sur un marché est aussi producteur d'au moins un autre bien ou service

67. P.-B. Ruffini, « Les théories monétaires », Seuil, 1996, p. 24.

68. Et pourtant, Charles Rist était fidèle à la conception métalliste de la monnaie à une époque où les théories nominalistes triomphaient déjà.

69. « Dans le rapport à la monnaie se jouent non pas seulement des échanges impersonnels et interorganisations mais une relation au groupe tout entier. Ce qui est en jeu dans le rapport monétaire, ce ne sont pas les autres en tant qu'agrégats d'individus, mais le grand Autre, au sens de la totalité de la société » (J.-M. Servet, « L'euro au quotidien », Desclée de Brouwer, 1998, p. 36). « La monnaie apparaît comme l'articulation entre deux réalités distinctes : des instruments (concrets ou abstraits) permettant des pratiques de compte et de paiement des dettes, et le système de paiement dans lequel ces instruments prennent sens. Toute société en effet repose sur des liens de dettes entre les acteurs qui la composent. La gestion de ces liens est au cœur de la dynamique sociale ; or la monnaie est précisément un principe de résolution des dettes qui se traduit par l'existence d'un système de paiement » (J. Blanc, « Les monnaies parallèles : évaluation et enjeux théoriques du phénomène », in *Rev. éco. fin.*, hiver 1998, p. 82).

70. Benoît XVI, « Caritas in veritate », n° 35.

71. Commentant l'encyclique de Benoît XVI, « Caritas in veritate », le cardinal, secrétaire d'État, T. Bertone explique la différence entre les biens qui, dans une société, doivent être fournis à titre onéreux et ceux qui doivent être d'accès gratuits. Les premiers, « les biens de justice sont ceux qui naissent d'un devoir ; les biens de gratuité sont ceux qui naissent d'une obligatio. C'est-à-dire, ce sont des biens qui naissent de la reconnaissance que je suis lié à un autre qui, dans un certain sens, est une partie constitutive de mon être » (« Osservatore Romano », édition française, 4 août 2009). Dans son encyclique, le Pape Benoît XVI montre bien que la gratuité traduit la suprématie de la relation qui existe entre les personnes sur celle qui lie les personnes et les biens. C'est pourquoi cette gratuité est intimement liée à la notion de « bien commun »... et donc aussi à la mise en œuvre du principe de subsidiarité.

vendu sur un autre marché (à moins qu'il ne soit qu'un pur parasite). Dès lors, le mécanisme de marché met en scène deux séries d'acteurs, aux intérêts antagonistes, qui s'affrontent – les producteurs et les consommateurs –, ce mécanisme pousse donc à la schizophrénie des agents économiques eux-mêmes et à la dissolution du lien social... que vient justement rétablir la monnaie, sous quelque forme qu'elle soit utilisée. C'est bien pourquoi la Commission européenne a considéré que lorsqu'un « service est rendu collectivement par l'ensemble des banques d'un pays à l'ensemble de la clientèle de ce pays, il est indispensable que les modalités de ce service soient déterminées d'un commun accord entre les banques »⁷². Il s'agit là, d'ailleurs, d'un vrai « service public », au sens propre du terme, c'est-à-dire ordonné à la poursuite de l'« intérêt général » – à défaut de l'être au « bien commun ».

Ce faisant, la Commission européenne ne faisait que tirer les conséquences, pour les opérations interbancaires du théorème de Coase selon lequel, « si des agents économiques négocient un arrangement optimal pour eux-mêmes et si leurs préférences sont sans effet sur la richesse, alors leurs décisions ne dépendront pas de leur pouvoir respectif de négociation ou de leur richesse initiale ». En effet, lors de cette détermination initiale de la « commission » interbancaire, qui permet l'organisation du système et la recherche de son équilibre, aucun des partenaires n'est en état de dominer ledit système puisqu'aucun ne connaît a priori la quantité d'instruments qu'il sera amené à faire circuler ni le sens et la proportion dans lesquels il interviendra le plus (en tant que payeur ou en tant qu'encaisseur). C'est pourquoi, dans ce cas, et pour reprendre l'expression de T. Granger, les banques « maximisent le surplus collectif de leurs activités communes »⁷³.

Dans un avis rendu le 31 mai 1995 sur les « transferts de fonds dans l'Union Européenne », le Comité économique et social européen avait d'ailleurs reconnu que « les commissions interbancaires constituent une caractéristique technique indispensable au fonctionnement de tout système de transferts de fonds et elles doivent nécessairement être préétablies dans le cadre de cet accord ». Pour le Comité économique et social européen, « les commissions interbancaires » ne constituaient donc pas un « prix » sur un marché mais une « caractéristique technique » nécessaire au fonctionnement d'un système, un accessoire du système.

Si cette « commission » interbancaire ne peut en aucun cas être considérée comme un prix, c'est aussi parce qu'un « prix constitue le point d'équilibre entre les intérêts contradictoires défendus par chacune des parties »⁷⁴ alors que, dans les transferts interbancaires, les intérêts des deux banques en présence ne sont pas contradictoires ; ils sont liés et sont au service du bon fonctionnement du même marché. Ils n'existent même que les uns par les autres. Dans cette perspective, la « commission » interbancaire représente en fait la condition d'une opération complexe pour permettre l'universalité, la sécurité et la pérennité

du système, condition rendue nécessaire par le fait que les clients des banques n'ont pas tous les mêmes besoins et n'adoptent donc pas un comportement homogène⁷⁵. Cette opération est complexe puisqu'elle réalise en droit un triple paiement. Elle « éteint trois dettes à la fois, qui sont distinctes par les parties qu'elles mettent en présence : la dette du tireur [ou du donneur d'ordre] envers le porteur [ou bénéficiaire], qui est à l'origine du chèque [ou de l'ordre de virement ou de prélèvement] ; la dette personnelle du banquier envers le porteur [ou le bénéficiaire], qui résulte de la transmission de la provision à ce dernier [ou de l'acceptation du mandat reçu] ; et la dette du banquier envers le tireur [ou le donneur d'ordre], dette de restitution du dépôt de fonds »⁷⁶. Et, en éteignant ces trois dettes, elles contribuent au fonctionnement équilibré de la société tout entière. On peut ajouter que, pour équilibrer l'ensemble, elle assure le transfert d'une quatrième dette, vis-à-vis de la Banque centrale, de la banque du débiteur à la banque du créancier.

Il n'est donc pas besoin de faire appel – même à titre subsidiaire – au raisonnement de l'avocat général près la Cour de justice des Communautés européennes, Darmon, qui expliquait le 8 février 1994, dans le cadre de l'affaire Almelo que « les règles de la concurrence peuvent être écartées, non seulement lorsqu'elles rendent impossible l'accomplissement par l'entreprise considérée de sa mission de service public, mais également lorsqu'elles mettent en danger son équilibre financier »⁷⁷.

La réglementation, compte tenu du rôle social confié à la monnaie sous le contrôle de la banque centrale, interdit aux banques de chercher à optimiser pour leur seul profit cette circulation, et donc de faire disparaître tout instrument de paiement plus onéreux au profit des instruments les moins onéreux. ■

72. Aff. Association Belge des Banques, 87/13/CEE du 11 décembre 1986.

73. *Revue économique*, janvier 1997, p. 151.

74. A. Brunet et A. Ghozi, « La fonction du prix en droit de la concurrence », in « Mélanges Christian Mouly », Litec, 1998, T. 2, p. 29.

75. « Le coût initial des infrastructures de paiement (le "ticket d'entrée") incorpore des composants de haute technologie dont le coût est très élevé. Du fait de la méconnaissance ex ante du marché potentiel, les perspectives de rendement sont très incertaines. C'est la demande générée par l'innovation qui crée l'offre. Le renouvellement constant des technologies ne facilite pas les études de rentabilité. On mesure mal les externalités – positives et négatives – des effets de réseau. Par définition les cycles de l'innovation ne sont pas maîtrisables. Il n'y a pas de situations acquises. Des pans entiers des investissements peuvent être, du jour au lendemain, obsolètes. Le dimensionnement des investissements technologiques se révèle particulièrement délicat. En effet les systèmes de paiement poursuivent deux objectifs contradictoires : utiliser les techniques de traitement de masse pour baisser les coûts de transaction et diversifier la gamme des produits et services pour défendre leurs parts de marché » (D. Rambure, « Les systèmes de paiement », *Economica*, 2005, p. 17).

76. F. Grua, « Les contrats bancaires », *Economica*, p. 136.

77. Aff. C-393/92, point 146.

II. PAS D'INSTRUMENT DE PAIEMENT SANS UN MOYEN DE PAIEMENT* PRÉALABLE

A – LA NATURE JURIDIQUE DU PAIEMENT

Force est de constater que, dans tous les raisonnements conduits récemment par toutes les autorités de concurrence, on considère chaque élément individuel comme constituant un tout en soi, indépendamment de tous les autres éléments qui peuvent lui être complémentaires, voire même indissolublement liés¹. Mais il n'existe aucune opération d'initiation d'un paiement sans opération correspondante d'achèvement de ce paiement et, entre les deux, sans opération d'acheminement de ce paiement. Le paiement forme un tout qu'on ne peut dissocier en éléments inférieurs obéissant à des logiques différentes et faisant l'objet de marchés indépendants.

1 – L'instrument de paiement comme moyen d'extinction d'une dette

D'un point de vue juridique, le paiement, qu'il soit par chèque, par carte², par virement ou par prélèvement, n'est pas une opération indépendante en soi mais uniquement un mandat donné pour mettre en œuvre un des modes d'extinction d'une obligation (C. civ., art. 1234). Il n'y a pas d'indépendance entre le fonctionnement du compte et l'instrument mis en œuvre pour cela. Si le compte constituait un service distinct de l'exécution d'une opération de paiement, l'exécution d'un faux ordre de paiement pourrait être constitutive de la

mise en jeu de la responsabilité de la banque qui aurait alors commis une faute en débitant le compte de son client. Or, il n'en est rien. La cour d'appel de Paris, le 3 janvier 1975, a en effet décidé qu'une banque qui avait exécuté un faux ordre de virement n'encourait aucune responsabilité à l'égard de son client mais que, simplement, elle n'avait pas été « libérée » de son obligation de dépositaire.

Si le paiement au moyen de la monnaie scripturale est un mode d'extinction fréquent et facile à mettre en œuvre il n'est cependant pas le seul. Par exemple, pour l'extinction des dettes de faible montant, les agents économiques ont souvent recours à la monnaie fiduciaire. Par exemple aussi, dans les relations entre commerçants la compensation est un mode d'extinction des obligations facilement utilisé. D'où la différence entre un compte courant, qui unit deux commerçants – dont l'un peut être un banquier – et dans lequel l'extinction d'une dette particulière se fait par fusion en un solde qui fera l'objet d'une liquidation ultérieure, et le compte de dépôt d'un particulier auprès d'une banque dans lequel toute opération de débit ne correspond qu'à une simple restitution d'un bien fongible (ou à un nouveau crédit), mais pas à un paiement. Dans le cas du compte courant, la banque est donc titulaire de la créance que représente le solde du compte créateur dans ses livres tandis que dans le cas du compte de dépôt, elle n'en est que le dépositaire, même si elle possède un droit d'usage spécifique des sommes correspondant à ce dépôt³.

Pour mettre en œuvre ce « pivot de la structure générale des dettes dont dépend la pérennité même de la division marchande du travail »⁴, les banques gèrent pour le compte de leurs clients non seulement des moyens de paiement, les sommes déposées en compte, mais encore des instruments de paiement qui permettent de les faire circuler d'un compte à l'autre. Ce n'est que dans la mesure où ces instruments sont d'un usage gratuit que les avoirs détenus sur les comptes de dépôt peuvent être considé-

1. C'est bien parce que ces raisonnements ne donnaient pas satisfaction que, faute de mieux, ces autorités ont un temps essayé, mais en vain, d'y faire coller la théorie du marché biface.
2. Il s'agit bien sûr de la carte de paiement telle qu'elle existe en France et non de la carte de crédit. Car la carte de crédit ne fait pas circuler la monnaie scripturale et ne permet pas au débiteur de se libérer de sa dette. Dans son arrêt du 28 mai 2009 (pourvoi 08-15802) déjà cité, la Cour de cassation a bien fait remarquer que « l'usage d'une carte bancaire est un mode de paiement et non l'octroi d'un crédit », même si, grâce à elle, « le titulaire d'une carte bancaire peut effectuer certains paiements opposables à la banque au-delà des capacités financières de son compte et du crédit octroyé » et si donc « la banque doit en ce cas honorer ces paiements même en l'absence de provision ». C'est pourquoi la Chambre commerciale de la Cour de cassation considère comme valable la clause qui permet à la banque « le retrait, le blocage ou la demande de restitution, sans préavis, de la carte [...] dans la mesure où elle a pour objet de prévenir pendant la durée du préavis [de clôture du compte] l'utilisation de la carte au-delà des capacités financières du compte et la création d'un solde débiteur non autorisé ».

* Dans un arrêt du 10 juin 1999, la cour d'appel de Versailles a explicité les trois conditions que, selon elle, doit remplir un instrument pour justifier la qualification de « moyen de paiement » au sens de l'article 4 de la loi du 24 janvier 1984. Cet instrument de transfert de fonds doit pouvoir être convertible en un autre instrument monétaire, doit pouvoir circuler et être d'usage universel.

3. Il est vrai qu'aujourd'hui, du fait de la multiplication des textes de circonstances, cette distinction est parfois perdue de vue dans la pratique.

4. J.-M. Servet, « L'euro au quotidien », Desclée de Brouwer, 1998, p. 34.

rés comme des « substituts » à de la vraie monnaie⁵. Il s'agit là d'un processus qui, en faisant circuler un élément de patrimoine, le rend apte à éteindre une dette, autrement dit d'un processus qui transforme des capitaux en monnaie.

Afin de fluidifier cette circulation et de la rendre à la fois plus efficace et moins coûteuse, les banques – sous la pression plus ou moins forte des pouvoirs publics – ont imaginé divers instruments adaptés à des situations différentes, en fonction des souhaits des offreurs et des demandeurs sur les marchés des biens et services mais présentant tous un haut degré de sécurité. Le chèque est l'un de ces instruments ; le virement⁶ et le prélèvement⁷ en sont d'autres ; la carte de paiement⁸ un autre encore et le TIP⁹ aussi. Sans compte du demandeur à débiter et de l'offreur à créditer, le chèque n'a aucune utilité. Il ne peut même pas servir d'élément décoratif¹⁰ ! Il en est de même de chacun des autres supports d'instruments de paiement.

L'instrument de paiement ne fait donc l'objet d'aucune demande en soi : son utilité n'est qu'une utilité relative comme outil pour opérer un mouvement sur un compte. De plus, la loi française a fait de l'instrument spécifique qu'est le chèque l'instrument de paiement scriptural de référence, en imposant que cet outil non autonome soit mis gratuitement¹¹ à la disposition du titu-

laire d'un compte de dépôt à vue qui en a besoin. Quant au bénéficiaire du paiement, lorsqu'il remet le chèque émis par son débiteur à sa banque pour encaissement, ce qu'il attend de celle-ci ce n'est pas l'encaissement du chèque puisque l'encaissement du chèque proprement dit ne bénéficie qu'à la banque qui le détient, mais le crédit de son propre compte. L'encaissement d'un chèque n'est que la trace du fait juridique que constitue le paiement. Cette même analyse est valable quel que soit l'instrument de paiement analysé. Cependant, le tireur du chèque perd tout droit sur la provision dès l'instant où il émet le chèque¹² et le temps qui s'écoule entre le moment de cette émission et le moment où le compte du tireur est effectivement débité par la banque tirée est donc, d'un point de vue économique, non pas constitutif d'un droit mais d'une rente. Rente qui peut être relativement longue si le bénéficiaire tarde à remettre le chèque à l'encaissement.

Si un chèque est indissociable de l'ouverture préalable d'un compte¹³ à vue sans lequel il n'a aucun sens, à l'inverse il ne saurait y avoir de compte de dépôt à vue ou de compte courant sans participation de la banque à la circulation des chèques et autres instruments de paiement¹⁴. La relation entre les deux, chèque-compte à vue, est en grande partie biunivoque¹⁵. C'est pourquoi, le mécanisme même de l'ouverture et du fonctionnement du compte a été organisé par la puissance publique en vue de la sécurité de la circulation des instruments de paiement. À titre d'exemple, on peut citer l'obligation édictée par l'article R. 312-2 du code monétaire et financier d'avoir à vérifier le domicile du client avant l'ouverture d'un compte qui résulte de l'obligation pour les banques de sécuriser pour leurs clients l'encaissement des chèques¹⁶. De même, lorsqu'un compte est frappé

5. Cf. les analyses de L. von Mises, notamment in « Abrégé de l'action humaine, traité d'économie ».

6. « Jeu d'écriture de compte à compte, l'analyse juridique du virement a suscité certaines difficultés. On l'a parfois qualifié de cession de créance ou de délégation. Selon la première proposition, le donneur d'ordre transférerait au bénéficiaire le montant de son solde de compte créditeur, c'est-à-dire sa créance contre le banquier. Mais l'admission de cette première théorie supposerait que soit respecté le formalisme de l'article 1690 du code civil, ce qui en pratique serait totalement irréaliste. Selon la seconde, on se trouverait en présence d'une délégation parfaite. Le donneur d'ordre serait le délégant, le banquier serait le délégué et le bénéficiaire serait le délégataire. Le premier inviterait le deuxième à s'engager envers le troisième. Cette analyse a été contestée, car, contrairement au droit commun de la délégation, le bénéficiaire du virement ne donne pas de décharge au donneur d'ordre. De plus, elle ne permet pas d'expliquer l'hypothèse du virement effectué par une personne entre deux comptes dont elle est titulaire. Actuellement, on considère que le virement est constitutif d'une remise de monnaie scripturale » (S. Piedelièvre, Instruments de crédit et de paiement, Dalloz, 2007, 5^e éd., p. 331). Sur cette conception, v. J.-L. Rives-Lange, « La monnaie scripturale », in « Mélanges Henry Cabrillac », p. 405.

7. L'avis de prélèvement, quant à lui, « comporte deux conventions, et plus précisément deux mandats. Il n'est pas nécessaire qu'ils soient établis par écrit (Cass. com., 1^{er} avr. 1997). D'une part, un débiteur donne mandat à l'un de ses créanciers pour lui permettre d'émettre des avis de prélèvement sur son compte bancaire. [...] D'autre part, le débiteur donne mandat à son banquier d'exécuter les avis qui lui seront présentés par le créancier » (S. Piedelièvre, « Instruments de crédit et de paiement », Dalloz, 2007, 5^e éd., p. 336).

8. « Constitue une carte de paiement toute carte émise par un établissement de crédit ou assimilé permettant à son titulaire de retirer ou de transférer des fonds » (S. Piedelièvre, « Instruments de crédit et de paiement », Dalloz, 2007, 5^e éd., p. 311).

9. Le Titre interbancaire de paiement « s'analyse en un ordre de virement à échéance » (S. Piedelièvre, « Instruments de crédit et de paiement », Dalloz, 2007, 5^e éd., p. 337).

10. Que dirait Bernanos s'il revenait aujourd'hui, lui qui pensait déjà : « Que voulez-vous ? Lorsqu'on a jadis échangé cinquante louis d'or contre un billet de mille francs, avec la certitude qu'au prochain coin de rue le buraliste n'hésiterait pas une seconde à les tirer pour nous de sa caisse sur la simple présentation de cette feuille de papier revêtu d'une signature magique, on ne saurait se faire de l'État français une idée aussi déprimante qu'un garçon de vingt ans qui n'a jamais tripoté que des chiffons colorés » (« Français si vous saviez... », Gallimard, Folio, 1998, p. 128).

11. Cette gratuité couvre naturellement non seulement la mise à disposition des vignettes, mais aussi leur émission comme l'a implicitement noté la CJCE dans l'affaire CaixaBank, le 5 octobre 2004 (aff. C-442/02, point 22).

12. Jurisprudence constante de la Cour de cassation. V. notamment : Cass. crim., 30 juin 1999, pourvoi n° 98-82009, Cass. 2^e civ., 9 janvier 2003, pourvoi n° 00-13887 ; Cass. com., 31 janvier 2006, pourvoi n° 04-15315. V. aussi C. Gavalda et J. Stoufflet, « Instruments de paiement et de crédit », Litec, 2009, 7^e éd. p. 238. Ceci a des conséquences non négligeables en pratique : ainsi, par exemple, c'est l'émission d'un chèque et non son encaissement qui fait partir la garantie due par un assureur (Cass. civ., 2 décembre 1968). De même, le porteur d'un chèque émis avant l'ouverture d'une procédure de règlement ou liquidation judiciaire peut le présenter au paiement même après cette ouverture de la procédure et en être payé si la provision existe (Cass. com., 5 juin 2007, pourvoi n° 06-14863).

13. Indépendamment de servir de cadre commun à la satisfaction de tous ces besoins, la relation de compte permet aussi aux banques de répondre à des règles d'ordre public telles que la lutte contre le blanchiment et le terrorisme, la mise en œuvre du devoir de conseil, le respect des règles prudentielles en matière de crédit, l'établissement de déclarations fiscales...

14. C'est bien pourquoi les comptes ouverts dans les banques captives des groupes de la grande distribution pour servir de support aux cartes privatives ne sont pas de vrais comptes de dépôt. Ils n'ont pour seule fonction que d'enregistrer le crédit accordé aux clients à raison de l'utilisation de la carte privative. Ils ne sont en pratique crédités qu'au moyen de prélèvements sur le compte de dépôt des clients tenu dans une autre banque.

15. « Les opérations de caisse sont celles qui permettent la circulation de la monnaie. Elles sont, dans la pratique, exécutées par l'intermédiaire d'un compte ouvert par la banque au nom du client ou du correspondant. Les opérations de caisse sont inséparables des comptes » (C. Gavalda et J. Stoufflet, « Droit Bancaire », Litec, 2008, 7^e éd., p. 163).

16. Paris, 17 avril 1989, Gaz. Pal., 1989.2521, note A. Piedelièvre ; RTD com. 1989.700, obs. Cabrillac et Teysie.

d'une procédure telle qu'une saisie ou un avis à tiers détenteur, ce qui fait l'objet de la saisie ce n'est pas le compte lui-même, mais le montant qui y est déposé¹⁷, c'est-à-dire les moyens de paiement – qui permettent au titulaire de se libérer en tout ou partie de sa dette – qui y sont inscrits. Et cette procédure qui frappe directement les moyens de paiement, entrave la circulation normale des instruments de paiement.

Tout instrument de paiement est strictement affecté à la circulation des moyens de paiement déposés sur un compte et un seul. Même lorsqu'un client a ouvert auprès d'un établissement bancaire quelconque plusieurs comptes, il ne peut les faire mouvoir qu'avec des instruments affectés à chacun d'eux. Le banquier tiré d'un chèque vérifie si la provision existe uniquement au compte sur lequel le chèque est tiré et non sur l'ensemble des comptes ouverts par le tireur¹⁸. C'est le principe de l'indépendance des comptes reconnu par la jurisprudence¹⁹.

Le décret n° 2001-45 du 17 janvier 2001 (devenu l'article D. 312-5 du code monétaire et financier) impose la fourniture d'un certain nombre de missions associées au compte de dépôt : l'encaissement de chèques et la délivrance d'au moins « deux formules de chèque de banque par mois »²⁰. Or, ces obligations ont été décidées dans le cadre du « droit au compte ». Cela signifie que ces services doivent être rendus à toute personne qui en fait la demande, sans aucune exception, que cette personne soit solvable ou non. De ce point de vue, en droit français, le chèque est aujourd'hui encore l'instrument de paiement fondamental à défaut d'être le plus efficace économiquement. Puisque le chèque n'est qu'un simple instrument servant exclusivement à véhiculer de la monnaie scripturale, cela signifie que son utilité est indissociable de celle de la monnaie qu'il transporte et que son usage est totalement subordonné à celui de la monnaie scripturale.

Dans le cadre de la transposition en droit français de la directive sur le crédit à la consommation, un titre est consacré au traitement des clients surendettés. Pour empêcher que l'exclusion bancaire n'entraîne une exclusion sociale, les pouvoirs publics veulent imposer aux banques de ne pas priver leurs clients surendettés de la possibilité d'utiliser des instruments de paiement pour accomplir les actes de la vie courante. Or, dans ce texte, il n'est pas demandé aux banques de doter leurs clients d'instruments de paiement, il leur est demandé

de maintenir une relation de compte afin que les clients puissent en disposer à l'aide des instruments de paiement. C'est bien le compte qui est visé car c'est bien le compte, réceptacle de la monnaie scripturale, qui est le « lien social » lui-même. De même qu'une voiture ne peut pas rouler sans roues ni volant, de même un compte ne peut pas fonctionner sans instrument de paiement.

En ce qui concerne le chèque, on doit considérer que, selon le professeur Michel Cabrillac, il « peut être défini comme l'écrit par lequel le tireur donne au tiré, qui ne peut être qu'une banque ou un établissement autorisé par la loi à tenir des comptes de chèques, l'ordre de payer à vue une somme destinée au bénéficiaire ou à son ordre »²¹. Ce que résumait plus brutalement, J.-P. Toernig et F. Brion en écrivant que le chèque est « un ordre adressé par une personne nommée tireur, à un établissement ou une banque nommé tiré, de payer une somme déterminée à une tierce personne appelée bénéficiaire ou porteur »²². Or, en vertu de l'article L. 131-45, « un chèque à barrement général ne peut être payé par le tiré qu'à un banquier ou à un client du tiré »²³. De ce fait, la banque du bénéficiaire rend un service supplémentaire à son client en lui évitant d'avoir à ouvrir un compte auprès de la banque tirée afin de s'y faire payer ledit chèque. De même, dans l'instrument de paiement qu'est la carte, les banques ont incorporé au moins un service complémentaire : la garantie du paiement.

En France, depuis que la délivrance de vignettes de chèques non pré-barrés a été soumise à une taxe par la loi du 29 décembre 1978, il ne circule pratiquement plus que des chèques non transmissibles par voie d'endossement. Dans la pratique, le bénéficiaire d'un chèque remet celui-ci à une banque avec laquelle il entretient une relation de compte, laquelle le présente au paiement à la banque tirée. Et la présentation d'un ordre en vue de son exécution n'est pas en soi une caractéristique d'un marché, c'est le moins que l'on puisse dire.

Dans la mesure où l'on ferait « payer » aux consommateurs l'usage des chèques, des virements ou des prélèvements on porterait atteinte à la liquidité de la monnaie scripturale puisque celle-ci ne serait plus immédiatement disponible sans coût de transformation²⁴. On porterait aussi atteinte

17. Et encore pas en totalité, une partie du solde du compte peut être insaisissable. (cf. loi du 12 mai 2009, art. 20, modifiant la loi n° 01-650 du 9 juillet 1991).

18. Sauf, naturellement, en cas de « convention d'unité de compte », Aix, 6 octobre 1982. (Dalloz 1983.231, note Delebecque). « Les chèques portent référence au compte sur lequel ils sont tirés. Si le tireur est titulaire de plusieurs comptes sur lesquels des chèques peuvent être tirés, l'existence de la provision est appréciée en fonction de la position du seul compte auquel le chèque litigieux fait référence, à moins qu'ait été conclue une convention d'unité de compte ou ordonné un virement » (C. Gavalda et J. Stoufflet, « Instruments de paiement et de crédit », Litec, 2009, 7^e éd. p. 232).

19. Cass. com., 14 avr. 1975, Bull. civ. IV, n° 98 ; RTD com., 1975.881, obs. Cabrillac et Rives-Lange.

20. La loi du 30 décembre 1989 (art. L. 131-71, CMF) fait obligation à la banque qui refuse de délivrer un chèque à son client de motiver sa décision.

21. « Le chèque et le virement » (Litec et aussi J.-Cl. Banque et Bourse, fasc. 320, n° 7). Dans leur ouvrage de « Droit commercial » (Dalloz, 2005, p. 7), M. Jeantin, P. Le Canu et T. Granier définissent le chèque comme « un titre écrit, tiré sur une banque ou un établissement assimilé, qui permet d'obtenir le paiement au bénéfice d'un porteur, d'une somme d'argent disponible à son profit ». La loi du 14 juin 1865 définissait, quant à elle, le chèque comme « l'écrit qui, sous forme de mandat de paiement, sert au tireur à effectuer le retrait, à son profit ou au profit d'un tiers, de tout ou partie des fonds portés au crédit de son compte chez le tiré et disponibles ».

22. Les moyens de paiement, PUF, Que sais-je ? 1999, p. 18.

23. Il est donc inexact d'énoncer, comme le fait la notification de griefs communiquée aux banques dans le cadre de l'affaire des échanges d'images-chèques, au point 44, que l'article L. 311-1, du code monétaire et financier, « restreint aux seuls établissements de crédit la possibilité d'encaisser les chèques ». Car, même chargé d'un barrement général, le chèque peut être payé directement « à un client du tiré » (art. L. 131-45).

24. « La monnaie se définit par référence aux unités de paiement et non à partir des moyens de paiement auxquels elle est incorporée. Or, il va de soi qu'une unité de paiement est toujours une unité de paiement quel que soit le support utilisé. Aussi, même en admettant que le client devient créancier de sa banque quand il lui remet des billets, sa banque s'acquitte aussitôt de sa dette en lui versant une quantité équivalente d'unités de paiement sur son compte. Et il faut en déduire

Titre du tableau

Opérations	Débiteur	Banque tirée	Créditeur	Banque présentatrice
Ouverture du compte et contrôle de l'identité				
Contrôle du domicile				
Constitution de la provision				
Commande de chèque				
Fabrication des chèquiers et personnalisation				
Envoi des chèquiers				
« Création » du chèque				
Comptabilisation par le tireur				
« Émission » du chèque				
Comptabilisation par le bénéficiaire				
Endossement				
Remise du chèque à l'encaissement				
Contrôle de la régularité apparente				
Capture de l'image du chèque				
Saisie du montant et du compte à créditer				
Traitement des rejets techniques				
Réconciliation				
Constitution de la bande ou référence IC				
Microfilmage des remises				
Tri par banque				-97 %
Compensation				
Vérification de la signature				
Vérification de la provision				
Imputation au débit du compte du tireur				
Paieement				
Inscription au crédit du compte du bénéficiaire				
Archivage				
Information du débiteur				
Information du créancier				

que lorsque des versements sur un compte sont effectués en monnaie fiduciaire, ils s'accompagnent automatiquement d'une opération de change. Une forme de monnaie remplace une autre forme de monnaie. Ce que le titulaire du compte apporte, c'est une quantité d'unités sous une certaine forme. Il reçoit, grâce à l'inscription au crédit de son compte, une quantité équivalente d'unités de paiement mais sous une autre forme. Par conséquent, on peut dire que celui qui effectue le versement en monnaie fiduciaire échange une monnaie spécifique contre une autre monnaie ». (C. Lassalas, in « Mélanges AEDBF-France II », 1999, p. 241).

• Dans un processus de paiement nous avons donc trois opérations imbriquées et indissociables : une transformation d'une certaine quantité d'unités de compte en une quantité équivalente d'unités de paiement, la circulation des unités de paiement et la transformation inverse des unités de paiement en une quantité équivalente d'unités de compte. La première met en jeu le consommateur et son banquier, la seconde se subdivise en deux sous-opérations (en ce qui concerne les paiements par chèque, il s'agit de l'émission du chèque, c'est-à-dire son dessaisissement par le débiteur entre les mains du créancier et le paiement du chèque par la banque du débiteur à la banque du créancier) et la troisième se déroule entre le créancier et sa propre banque. Une tierce personne est intéressée par tout le processus, la Banque centrale car, quelle que soit

à la valeur de la monnaie scripturale, en tant que « substitut parfait de la monnaie », puisque c'est la loi qui « en vertu du cours légal, garantit la valeur de la créance incorporée dans le signe »²⁵. Sauf à porter atteinte à cette qualité de « substitut parfait de la monnaie », il doit y avoir équivalence absolue entre une certaine valeur de monnaie fiduciaire et la même valeur de monnaie scripturale. C'est bien d'ailleurs pour répondre à cette fonction fondamentale d'instrument de

la forme qu'elle revête, c'est toujours elle qui est garante de la valeur de la monnaie.

25. R. Link, « Considérations sur la monnaie luxembourgeoise », in « Droit bancaire et financier au Grand-Duché de Luxembourg », Larcier, 1994, p. 302. Comme l'explique aussi B. Courbis in « Droit et monnaie », « en matière économique le cours signifie à la fois la circulation des biens et la valeur à laquelle ils circulent ». (Litec, 1988, p. 35).

mesure de la valeur que le droit français considère que les biens et services ne doivent avoir qu'un seul prix (et que ce prix soit affiché), quel que soit le moyen et / ou l'instrument de paiement utilisé pour le payer.

Sur un espace économique déterminé, la monnaie, en tant que contrepartie de toute transaction, doit, par essence même, être tenue en dehors de tout mécanisme de marché dans la mesure où le marché conduit à l'exclusion de tout agent économique ayant un besoin à satisfaire, mais qui ne peut pas payer le prix réclamé par l'offreur. Par nature, le marché débouche sur l'exclusion de tout agent économique qui aurait voulu proposer un service ou un bien, mais qui ne pourrait pas l'offrir à un prix compatible avec ce que les demandeurs sont disposés à payer. Le marché a pour effet d'exclure aussi bien la demande non solvable que l'offre trop onéreuse.

Mais pour qu'un marché puisse fonctionner librement, encore faut-il que la monnaie soit accessible à tous les agents économiques sans entrave particulière ; encore faut-il qu'elle puisse circuler facilement. Pour que le marché soit transparent, encore faut-il que le prix des produits et services soit directement appréhendable sans difficulté par tous les acteurs. Pour que le marché soit accessible à tous, y compris aux populations les plus fragiles, encore faut-il que le prix ne soit pas plus élevé s'il est payé avec les seuls instruments qui leur sont accessibles – et qui sont les plus coûteux car les plus contrôlés. C'est bien pour répondre à tous ces impératifs fixés par les autorités publiques que les agents financiers ont multiplié les instruments qui permettent de faire circuler la monnaie scripturale et qu'ils ont rendu leur prix d'usage identique : il faut que chaque agent économique non financier puisse avoir accès au moins à l'un d'entre eux en toutes circonstances. S'il n'en était pas ainsi, les agents économiques qui auraient normalement les moyens d'intervenir sur un marché et y trouveraient un intérêt en seraient privés, faute de pouvoir accéder au moins à un instrument permettant de mobiliser la monnaie. S'il n'en était pas ainsi, les populations les plus fragiles seraient pénalisées par des prix globaux plus élevés car incorporant celui de l'usage de l'instrument le plus onéreux. Il est bon de rappeler ici que le législateur français a, comme on l'a déjà vu, investi le chèque de la fonction d'instrument minimal de paiement. Or le chèque n'est pas l'instrument dont le coût d'utilisation est le plus faible.

Le chèque n'est pas un « service » vendu par la banque à ses clients. Il ne fait l'objet d'aucun marché et ce n'est pas pour rien que le législateur français en a rendu l'usage obligatoirement gratuit. Le chèque est « un ordre donné à son banquier par le propriétaire de fonds disponibles chez ce banquier, de payer à vue une certaine somme au profit de tiers ou au profit du donneur d'ordre »²⁶. Or, un ordre donné par le déposant à son dépositaire n'est pas en soi objet d'un marché puisque, si le marché suppose la rencontre de deux volontés indépendantes, l'ordre résulte de la volonté

d'un seul. Le dépôt étant à vue et ne faisant l'objet d'aucun transfert de propriété des fonds déposés, le dépositaire est tenu de les restituer, sans frais, à première demande. Que cette restitution ait lieu entre les mains du déposant lui-même ou d'une autre personne désignée par lui, peu importe. Le chèque n'est que le support matériel de la revendication immédiate par le titulaire du compte des fonds qui lui appartiennent. Si la banque rend un service à son client, ce n'est pas celui de lui restituer son bien en honorant le chèque mais celui de lui offrir la sécurité du dépôt. Dès lors ce qui peut faire l'objet d'un marché concurrentiel c'est bien uniquement le service du dépôt – c'est d'ailleurs bien pourquoi il n'est pas illogique, d'un point de vue économique, que le banquier soit rémunéré par un intérêt et on a bien là une véritable « cause » juridique des dates de valeur.

Pas plus qu'un virement²⁷, le chèque n'est l'objet d'un marché. Ils sont, l'un comme l'autre et comme tous les instruments de paiement, des **ordres** donnés par un déposant à son dépositaire d'avoir à restituer entre ses mains, ou entre les mains de toute personne qu'il désigne, tout ou partie du dépôt antérieur. Que, pour rendre plus attractif le service de dépôt offert par une banque à ses clients, celle-ci accepte que ces ordres puissent revêtir une forme variée ne change rien à l'analyse. Sans la possibilité de rembourser ces dépôts entre les mains d'une tierce personne, lesdits dépôts ne seraient que de simples actifs financiers – stériles – et ne pourraient en aucun cas constituer de la monnaie scripturale. Dès lors si ces instruments sont constitutifs d'un quelconque service celui-ci est d'abord rendu à la Banque centrale car il lui permet, à due concurrence, de faire diminuer la masse monétaire fiduciaire en circulation. Le second service est rendu aux pouvoirs publics dans la mesure où la traçabilité de la circulation scripturale permet une meilleure lutte contre la fraude, notamment fiscale, et le blanchiment. Vouloir en faire supporter le coût aux déposants serait constitutif non d'un prix mais d'un impôt. Et, vouloir faire payer le chèque au déposant, comme participant au « service » de transformation d'un actif financier en monnaie scripturale, ne peut que conduire à la mort du chèque au profit d'une augmentation sensible de la circulation fiduciaire.

Enfin, il convient de noter que si aucune banque²⁸ n'est obligée d'offrir à tous ses clients la gamme complète des instruments disponibles, l'ensemble des banques doit rendre l'ensemble de cette gamme accessible à l'ensemble des agents économiques non bancaires.

26. H. Ardant, « Technique de la banque », PUF, *Que sais-je ?* 1969, p. 18 et 19.

27. Selon H. Ardant (« Technique de la banque », PUF, *Que sais-je ?* 1969, P. 21), « le virement se présente comme un ordre par lequel le client donne mandat au banquier de prélever par le débit de son compte une somme déterminée afin d'en créditer : - soit un autre de ses comptes [...], - soit le compte d'une tierce personne appelée bénéficiaire de l'opération ». Et H. Ardant poursuit : « le chèque transfère automatiquement la propriété de la provision dès sa remise au bénéficiaire. Au contraire, l'ordre de virement par lui-même ne transfère rien : il faut attendre sa réalisation ». Compte tenu de la date à laquelle il écrivait, H. Ardant ne fait pas allusion au prélèvement qui n'avait pas encore pris l'importance qu'il a aujourd'hui ni à la carte de paiement. Mais le raisonnement est le même.

28. Sinon les banques captives des groupes de la grande distribution seraient dans l'illégalité.

B – LE COMPTE, RÉCEPTACLE DE LA MONNAIE SCRIPTURALE

1 – La monnaie scripturale n'est pas un actif mais une dette²⁹

Pour Irving Fisher, « les dépôts en banque, à vue, sont l'objet des droits de revendication des créanciers d'une banque contre cette banque même, qui leur permettent de mettre en mouvement, à vue, à l'aide d'un chèque, et de faire sortir des caisses de la banque une somme de monnaie arbitrairement déterminée. (Les chèques sur les banques ne sont donc que des certificats matérialisant le droit de mettre en mouvement des dépôts en banque, c'est-à-dire de leur faire subir des mutations de propriété. En eux-mêmes et matériellement, les chèques ne composent pas la circulation : c'est dans les dépôts eux-mêmes, dont ils ne sont que la représentation, qu'il faut chercher l'élément de circulation »³⁰.

Dans la mesure où un paiement est réalisé, comme c'est le cas aujourd'hui, au moyen de « signes monétaires sans valeur intrinsèque, ce n'est pas une valeur matérielle qui change de patrimoine du débiteur vers le créancier, mais un droit incorporel sous forme d'une créance que le possesseur d'un signe monétaire peut faire valoir contre l'émetteur du signe ; en acceptant un billet de banque [ou un chèque, ou encore un virement], le créancier accepte d'avoir un autre débiteur en la personne de l'émetteur du signe monétaire donné en paiement [ou du banquier, teneur de son compte] »³¹. Ainsi, en acceptant de recevoir un instrument de paiement afin de pouvoir en porter le montant au crédit du compte de son client, le banquier accepte de devenir son débiteur. Mais s'il accepte de rendre ce service, c'est parce qu'il sait qu'il va lui-même pouvoir devenir, par l'encaissement du titre, créancier du banquier du débiteur de son client pour un même montant – ou, plus exactement, il va pouvoir, à la place du banquier du débiteur, devenir « pro-créditeur » de monnaie scripturale pour ce même montant. Si l'on considère que c'est la banque de premier rang qui crée la monnaie, alors la présentation d'un instrument de paiement à la banque tirée a pour but de conduire celle-ci à détruire, à due concurrence, la quantité de monnaie qu'elle avait antérieurement créée. C'est pourquoi « les systèmes de paiement ont pour fonction d'assurer la convertibilité des monnaies émises par les différentes banques commerciales³². Pas de compensation possible sans interchangeabilité des créances interbancaires »³³.

Cette opération d'encaissement ne peut donc souffrir aucun aléa, sinon la relation de base entre toute banque et son client ne présenterait pas la sécurité requise et c'est le système de paiement dans son ensemble qui deviendrait précaire, entravant, par le fait même, le développement de tout le système économique³⁴.

Les sommes inscrites au crédit du compte d'un client ne sont en fait que la transcription dans les comptes de la banque de la dette que celle-ci a contractée vis-à-vis de ce client. Dès lors, lorsque la banque tirée exécute l'ordre de son client en payant le chèque que lui a transmis une banque présentatrice, elle ne fait que rembourser, entre les mains de la banque présentatrice, la somme due à ce client. Il en est de même lorsqu'elle honore un ordre de prélèvement ou qu'elle exécute un ordre de virement. En fait elle substitue dans son bilan, à une dette vis-à-vis de son client tireur, une dette vis-à-vis de la Banque de France. Le paiement d'un chèque constitue pour la banque tirée une façon de se libérer de sa dette vis-à-vis de son client tireur. Ce faisant, la banque tirée voit sa liquidité diminuer puisque toute banque « subit une fuite chaque fois qu'un agent demande la conversion de la monnaie qu'elle émet en une monnaie gérée par un autre réseau »³⁵. Si, autrefois, un paiement s'effectuait par la tradition d'une certaine quantité de métal précieux et plus tard par la tradition de billets en tenant lieu, aujourd'hui le paiement s'effectue par des substitutions coordonnées de dettes.

Pour la banque présentatrice, le fait de recevoir la monnaie scripturale correspondant au montant du chèque remis par son client et présenté par elle à la banque tirée constitue l'acceptation de se reconnaître débiteur du client remettant du montant du chèque considéré. Dans son bilan, la banque présentatrice substitue à une dette vis-à-vis de la Banque de France une dette vis-à-vis de son client remettant. C'est pourquoi C. Karyotis conclut que « la compensation consiste en un échange, entre intermédiaires financiers, de dettes réciproques »³⁶. Ainsi, lorsque les deux banques, présentatrice et tirée, se rencontrent pour réaliser les opérations de paiement, elles s'échangent des dettes d'égal montant : la banque tirée cède une dette vis-à-vis d'un de ses clients contre une dette vis-à-vis de la Banque de France ; la banque présentatrice échange une dette vis-à-vis de la Banque de France contre une dette vis-à-vis d'un de ses clients. Dans les deux cas ces opérations intéressent exclusivement le passif des deux banques. En aucun cas, en réalisant l'opération de paiement, une banque ne cède un actif quelconque contre une rémunération.

Selon l'analyse autorisée de J.A. Schumpeter, il apparaît que la monnaie scripturale n'est même pas de la

29. I. Fisher préférerait considérer la monnaie scripturale comme étant la circulation d'un crédit. « D'une façon générale, écrivait-il, le crédit consiste en un droit de revendication qu'un créancier possède contre son débiteur. Et, en particulier, les dépôts en banque, à vue, sont donc l'objet des droits de revendication des créanciers d'une banque contre cette banque même, qui leur permette de mettre en mouvement, à vue, à l'aide d'un chèque, et de faire sortir des caisses de la banque une somme de monnaie arbitrairement déterminée ». (« Le pouvoir d'achat de la monnaie », trad. Giard et Brière, 1926, cité in C. Tutin, « Une histoire des théories monétaires », Champs, 2009, p. 298).

30. « Le pouvoir d'achat de la monnaie », trad. Giard et Brière, 1926, cité in « La pensée monétaire de l'âge classique à nos jours », Le Monde Flammarion, 2010, p. 186.

31. R. Link, in « Droit bancaire et financier au Grand-Duché de Luxembourg », Larcier, 1994, p. 302.

32. Sinon tous les agents économiques et financiers seraient obligés d'ouvrir au moins un compte dans chacune des banques existantes.

33. D. Rambure, « Les systèmes de paiement », *Economica*, 2005, p. 25.

34. C'est bien pourquoi, quelle qu'a été l'état de la technique, la compensation entre banques commerciales a toujours été placée, depuis qu'elles existent, sous le contrôle des banques centrales. « Les informations produites par le système de paiement fournissent à la Banque centrale des indications en temps réel sur la dégradation du marché ou la détérioration de la trésorerie d'une banque ». (D. Rambure, « Les systèmes de paiement », *Economica*, 2005, p. 32).

35. S. Brana et M. Cazals, « La monnaie », Dunod, 1997, p. 73.

36. « Histoire de la compensation : de la monnaie aux titres », in *Revue d'économie financière*, n° 91, p. 77.

monnaie en soi, mais uniquement une créance sur la monnaie fiduciaire³⁷ que les agents économiques font circuler en guise de monnaie, sous le contrôle des pouvoirs publics. C'est une analyse analogue qui avait conduit Charles Rist, à la suite du banquier Warburg, à considérer que la monnaie fiduciaire – et à plus forte raison la monnaie scripturale – n'était pas de la monnaie en soi mais seulement du « crédit circulant »³⁸. Dès lors, l'établissement d'un chèque pour faire circuler cette créance sur la monnaie s'analyse en un ordre de double substitution : il y a substitution d'un créancier à un autre (le banquier présentateur se substitue au banquier tiré) et substitution d'un « bénéficiaire de crédit » à un autre (le porteur du chèque est substitué au tireur). Dans ce double mécanisme, il n'y a aucune volonté individuelle des créanciers (qui se substituent eux-mêmes en tant que débiteur de la Banque centrale). Dans cette circulation des dettes, seuls le cédant et le cessionnaire de la créance sur les banques commerciales jouent un rôle décisionnel.

La Banque de France, quant à elle, ne peut accepter cette substitution de débiteur final que dans la mesure où elle a également confiance dans l'un et dans l'autre, ce qui la conduit à sécuriser le mécanisme pour éviter la défaillance soudaine de n'importe lequel. C'est pourquoi la Banque de France a vocation à en être le régulateur naturel. Mais, d'un point de vue pratique, ce sont les débiteurs cédés qui s'échangent leurs créanciers en exécutant leurs volontés respectives. Si l'un des deux débiteurs cédés verse à l'autre une indemnité, celle-ci n'a aucun caractère de prix puisqu'elle ne découle d'aucun choix immédiat et qu'elle n'est pas, par elle-même, la contrepartie d'une quelconque augmentation d'actif, d'un quelconque enrichissement du partenaire. Lors du paiement d'un chèque, comme de l'exécution de n'importe quel ordre de paiement véhiculé par quelque instrument que ce soit, on peut aussi dire qu'il y a destruction d'une certaine quantité de monnaie scripturale antérieurement émise par la banque tirée et émission corrélative d'un même montant de monnaie scripturale par la banque présentatrice.

Cette analyse, qui *mutatis mutandis* peut-être présentée pour le prélèvement, le virement ou la carte de paiement, conduit naturellement à conclure avec le professeur D.R. Martin que, « le moyen de paiement sert, par hypothèse, à consommer le paiement, donc à éteindre effectivement l'obligation du débiteur ; ainsi doit-il être défini comme toute chose dont la remise par le débiteur au créancier libère, instantanément et à due concurrence, le premier. La carte, comme le chèque, n'a que la fonction instrumentale d'un vecteur, d'un mécanisme, bref d'un instrument de paiement. [...] Ce qui vaut à l'instrument de paiement de se laisser reconnaître dans cette définition : un outil dont la seule manipulation enclenche le processus de délivrance au créancier, par débit d'un compte de dépôt monétaire du porteur,

de la somme désignée par celui-ci »³⁹. Cette définition rejoint la description de M. Andries et C. Martin : « Tout moyen⁴⁰ de paiement se caractérise par la combinaison d'un instrument (sur support papier ou informatisé), qui permet de produire un ordre de paiement [...] et d'un dispositif technique et organisationnel, qui permet le traitement de cet ordre »⁴¹. L'opération d'encaissement est en soi la raison d'être de ce « dispositif technique ». Dans la monnaie scripturale est dissocié le moyen de paiement (unité gérée en compte) de l'instrument (chèque, virement...), qui lui sert de support, du système qui en permet la circulation.

Dans son ouvrage « Droit et monnaie »⁴², le professeur E. Alfandari expliquait déjà que l'instrument de paiement « n'opère pas lui-même le paiement. Le vendeur, pour prendre cet exemple, ne reçoit pas le prix du seul fait de la remise d'un chèque par l'acheteur. Ce n'est pas cette remise qui éteint la dette (le chèque pourrait se révéler sans provision⁴³), c'est son encaissement, ou l'inscription de la somme au compte du vendeur ».

Lorsque le débiteur remet un chèque à son créancier, il lui indique (au sens de l'article 1277 du code civil) la « personne qui doit payer à sa place » et quand le bénéficiaire remet ce chèque à sa banque il désigne ainsi la « personne qui doit recevoir pour lui ». Il n'y a là nulle relation de marché ; ce n'est pas un demandeur d'un service qui se rapproche d'un offreur, c'est l'ancien et le nouveau dépositaire des fonds qui se rencontrent pour exécuter ensemble la volonté commune de leurs clients respectifs. Et ils ne peuvent le faire que parce que l'un et l'autre gèrent séparément les comptes de leurs clients respectifs.

Pour se libérer de sa dette, le débiteur peut soit régler son créancier au moyen de la monnaie fiduciaire (auquel cas il est, en principe, tenu de faire l'appoint conformément aux dispositions de l'article L. 112-5 du code monétaire et financier), soit au moyen de la monnaie scripturale (auquel cas il a besoin d'un instrument pour la faire circuler : chèque, virement, carte bancaire...). Sans ces instruments, qui en permettent la circulation, il n'y aurait pas de monnaie scripturale. Les avoirs déposés sur les comptes bancaires ne seraient alors que des actifs financiers qui ne permettraient pas, sans transformation, la réalisation des échanges et la circulation monétaire. Et sans monnaie, il n'y a pas de marché du tout.

2 – Le compte, moyen le plus efficient de faire jouer à la monnaie ses rôles d'instrument d'échange et d'instrument de réserve de valeur

D'un point de vue économique, le paiement – stricto sensu – en monnaie fiduciaire est celui qui est le moins onéreux pour le débiteur et le créancier, dans la mesure où

37. Laquelle monnaie fiduciaire est elle-même une créance sur la Banque centrale ayant pouvoir libératoire et incorporée dans un titre – le billet de banque – doté d'un cours légal.

38. Pour I. Fisher, la monnaie fiduciaire n'est qu'un succédané de monnaie.

39. *La vie Jud.*, 6 mars 1992 et *Revue Dalloz*, juin 1992.

40. Au sens large du terme.

41. Banque de France – *Revue de stabilité financière*, n° 5, novembre 2004, p. 92.

42. Litec, 1988, p. 139.

43. Or, selon l'heureuse expression de M. Béziade (« La monnaie et ses mécanismes », *La Découverte*, Repères, 1995, p. 14) : « Un chèque sans provision est de la fausse monnaie au même titre qu'un billet fabriqué par un faussaire ».

le paiement s'effectue par simple tradition. Il est même, en principe, le moyen qui devrait juridiquement être préféré par le créancier car c'est le seul qui lui apporte immédiatement une complète satisfaction. Depuis l'instauration du cours forcé, la remise de la quantité de monnaie fiduciaire correspondant à la somme suffit à éteindre la dette.

Quand on prétend que le paiement en monnaie fiduciaire est onéreux, c'est parce que l'on ne considère pas le paiement comme une opération indépendante ce qu'elle est pourtant juridiquement et économiquement. Si on prétend onéreuse l'opération de paiement en monnaie fiduciaire c'est qu'on ne le dissocie pas d'une seconde opération qui correspond, en réalité, à la transformation du moyen de paiement obtenu en actif financier rémunérable⁴⁴ (ou élément de capital). Dans ce cas, on sous-entend donc, abusivement, que le besoin de transaction est pour le bénéficiaire du paiement fondamentalement indissociable du besoin de spéculation !

Si l'on dit souvent que le paiement en espèces est le moyen le moins efficient, car celui dont le coût économique est le plus élevé, c'est uniquement parce que l'on commet une erreur d'analyse. En vertu de l'article 1582 du code civil, une vente est « une convention par laquelle l'un s'oblige à livrer une chose et l'autre à la payer ». Or, le paiement est parfait dès lors que la quantité de monnaie correspondant au montant de la dette a été remise. Or, si la remise de monnaie fiduciaire permet bien l'extinction immédiate d'une dette, ce n'est pas la remise d'un instrument de paiement qui constitue le paiement, mais le fait qu'il permet à la banque du débiteur de l'exécuter. Le paiement à l'aide de la monnaie scripturale est une opération nettement complexe : la remise du chèque ne suffit pas à éteindre la dette, il faut encore que le chèque soit payé, c'est-à-dire que la monnaie scripturale passe de la banque tirée à la banque présentatrice. L'article L. 131-67 du code monétaire et financier précise à ce sujet : « La remise d'un chèque en paiement, acceptée par un créancier, n'entraîne pas novation. En conséquence, la créance originaire, avec toutes les garanties qui y sont attachées, subsiste jusqu'au paiement du chèque »⁴⁵. De même la remise d'un ordre de prélèvement ou la transmission d'un ordre de virement ne suffit pas ; il faut qu'il soit exécuté, et pour cela qu'il y ait la provision au compte du débiteur.

Dans le cadre d'un paiement au moyen de la monnaie

fiduciaire, ce qui est onéreux, ce n'est pas l'opération de paiement proprement dite mais c'est, par la suite, la gestion et la sécurisation des encaisses par le créancier qui les reçoit. Ces deux opérations complémentaires passent généralement par la transformation immédiate de cette monnaie fiduciaire en monnaie scripturale. Mais il s'agit alors de deux services complémentaires qui n'ont rien à voir avec l'opération de paiement proprement dite. Ces deux services sont d'une part la « sécurité des avoirs globaux du bénéficiaire » – et il est plus facile d'assurer la sécurité de valeurs reconstituables telles que celles qui correspondent à la monnaie scripturale que des valeurs anonymes telles que celles qui véhiculent la monnaie fiduciaire – et d'autre part la transformation de cette monnaie en actifs financiers rémunérés – et une fois encore la monnaie scripturale est plus facile à transformer puisqu'elle ne nécessite ni matérialisation ni manipulation particulière et peut donc faire l'objet d'un traitement automatisé. De ce point de vue, la date de valeur peut être considérée comme celle à laquelle la monnaie est transformée en capital (ou actif financier rémunéré) ou comme celle à laquelle la transformation inverse se produit. Ces deux services complémentaires de sécurisation et de transformation en capital concernent exclusivement le bénéficiaire du paiement et sont totalement indépendants de l'opération de paiement proprement dite (de présentation d'un chèque à l'encaissement ou de la transmission d'un virement par exemple).

Un instrument de paiement n'a pour objet que de faire circuler la monnaie scripturale afin de réaliser un paiement, mais n'a rien à voir avec les placements que peuvent éventuellement réaliser ceux qui bénéficient d'actifs financiers. Cependant, comme l'encaissement d'un chèque, l'exécution d'un virement ou d'un ordre de prélèvement emporte le transfert de la monnaie scripturale, il n'y a nul besoin de la transformer ensuite pour assurer la gestion et la sécurisation des actifs financiers correspondants. De plus, du fait du caractère fongible de la monnaie et de la relation de compte, ces deux opérations ne nécessitent pas la mise en œuvre d'un contrat nouveau spécifique.

Il résulte de tout cela qu'en ce qui concerne tout instrument de paiement, seul le paiement définitif par le banquier du débiteur a un effet libératoire pour ce dernier. « La remise d'un chèque ne vaut donc paiement que sous réserve de son encaissement »⁴⁶. Il s'ensuit que le banquier payeur endosse une responsabilité particulière.

Si la circulation fiduciaire apparaît comme moins efficiente sur un plan économique général ce n'est absolument pas en raison de la seule opération de paiement. C'est uniquement en raison de la gestion des actifs financiers. Pour répondre au strict besoin de transaction des clients – aussi bien consommateur que commerçant – la tradition de monnaie fiduciaire est le moyen le plus efficient. Pour répondre au seul besoin de spéculation,

44. « Les titres qui sont de la monnaie se distinguent de ceux qui n'en sont pas parce qu'ils ne portent pas intérêt ; c'est-à-dire que leur valeur actuelle équivaut à leur valeur nominale. Ainsi considérée, la monnaie se présente tout bonnement comme le type le plus parfait de titre ; les autres types, étant moins parfaits, se vendent à un prix inférieur à cause de leur imperfection. Le taux d'intérêt sur ces autres titres donne la mesure de leur imperfection - autrement dit de leur qualité monétaire imparfaite... Les titres qui n'ont pas de pouvoir libératoire général rapportent un intérêt parce que leur qualité monétaire est imparfaite. Même si les prêteurs excluent la possibilité de défaillance ils assument cependant des coûts et des risques lorsqu'ils placent leur argent en titres au lieu de le conserver sous forme liquide, et ils demandent à être compensés. » (Sir J. R Hicks, « Valeur et capital », Dunod, 1968, p. 151 et 154).

45. A contrario, si la créance sous-jacente est inexistante, le tireur du chèque peut exercer une action en répétition de l'indû, si le chèque a déjà été payé. Et, si le chèque n'a pas encore été encaissé, le tireur peut demander au juge des référés d'en ordonner la restitution (Paris, 14^e Ch. A, 12 mars 2003).

46. M. Jeantin, P. Le Canu et T. Granier, « Droit commercial, instruments de paiement et de crédit, titrisation », Dalloz, 7^e éd. 2005, p. 67.

tant du consommateur que du commerçant, la monnaie fiduciaire est moins efficiente car elle doit alors subir une transformation en actif financier. Ainsi, lorsque l'on affirme que la circulation fiduciaire est globalement moins efficiente que la circulation scripturale l'on suppose implicitement que le besoin de spéculation est plus important que le besoin de transaction.

C – UNE GAMME COMPLÈTE D'INSTRUMENTS DE PAIEMENT SUBSTITUABLES

1 – Pas d'instrument de paiement sans compte

En droit français, il ne peut pas y avoir de « marché du chèque », ni de « marché de la délivrance des chèques », ni de « marché de l'encaissement d'un chèque », ni de « marché de la remise d'un chèque à l'encaissement », ni de « marché du virement », ni de « marché de l'ordre de prélèvement », ni même de « marché du paiement par carte » **indépendamment** d'une opération de règlement d'une dette ou d'un don qui lui sert de cause. Malgré ce qu'en a décidé l'Autorité de la concurrence, dans sa décision 10-D-28 du 20 septembre 2010, il ne peut y avoir non plus, et même moins encore, de marché de « l'émission d'un chèque ». En effet, l'émission d'un chèque n'est pas l'opération qui consiste pour une banque à délivrer – gratuitement – des formules de chèque à ses clients, mais la remise d'un chèque qu'il a antérieurement créé, par un débiteur à son créancier. En droit bancaire c'est cette émission qui emporte transfert de la propriété de la provision, du chèque du débiteur au créancier. Aucune banque n'intervient dans l'opération d'émission d'un chèque.

La délivrance de vignettes de chèque à une personne qui n'est pas titulaire d'un compte dans la banque ne présente, pour cette personne, aucune utilité⁴⁷. La remise d'un chèque à l'encaissement auprès d'une banque dans laquelle aucun compte n'est ouvert ne présente aucune utilité et demeure sans effet. Elle est même impossible puisque, en vertu de l'article L. 131-2 du code monétaire et financier, pour avoir la nature même d'un chèque, le support sur lequel il est établi doit obligatoirement mentionner « le nom de celui qui doit payer, nommé le tiré ». Faute de cette mention substantielle, la vignette ne peut, en aucun cas, être considérée comme représentative d'un chèque. Or l'indication du nom de « celui qui doit payer, nommé le tiré » est représentative de la relation de compte qui préexiste entre le tireur et le tiré. Elle est la conséquence de l'obligation de restitution⁴⁸ qui pèse sur la banque teneur de compte. Cette

47. Bien pire, elle lui donnerait l'apparence d'être titulaire d'un compte qu'en réalité elle n'a pas ; elle lui donnerait donc un commencement d'apparence de solvabilité, elle serait susceptible de lui fournir le moyen de commettre une escroquerie qu'elle ne pourrait pas commettre sans.

48. « Attendu que la remise d'une chose déposée à une autre personne que celle indiquée par le déposant pour la recevoir n'a pas pour effet de libérer le dépositaire

restitution, dont l'obligation⁴⁹ pèse sur les banques à raison de la relation de compte de dépôt (art. L. 312-2, C. mon. fin.), peut avoir lieu soit entre les mains du créancier véritable soit entre les mains de celui qui en a reçu le pouvoir de ce dernier⁵⁰.

Quant à l'ordre de virement, c'est bien uniquement un ordre donné à un teneur de compte tout comme l'ordre de prélèvement est un ordre transmis par la banque du créancier à celle qui tient le compte du débiteur...

Pour la délivrance des vignettes de chèque les banques qui n'entretiennent pas de relation de compte avec une personne déterminée ne sont pas en concurrence avec la (ou les) banque(s) qui entretien(nen)t avec cette personne une relation de compte. Il en est de même pour l'encaissement des chèques émis.

Il y a une certaine analogie entre le rôle du banquier, dans les paiements scripturaux, et celui des valets de l'époque de Molière qui portaient la bourse de leur maître et auxquels ledit maître donnait l'ordre d'aller payer son créancier (ou remettre la somme due au valet de celui-ci). Matériellement le valet pouvait remettre la cassette contenant le prix au valet du créancier. Lorsque les deux valets se rencontraient pour exécuter le paiement ordonné par l'un des maîtres au bénéfice de l'autre, cette relation n'était pas une relation de marché et les valets concernés n'étaient pas en concurrence avec les valets des autres maîtres. Dans une opération de paiement, la banque d'aujourd'hui « tient les cordons de la bourse » de son client. Lorsqu'elle effectue un paiement déterminé elle n'entre pas en compétition avec un autre établissement ; la compétition n'a lieu que pour obtenir le droit de « tenir les cordons de la bourse » du client.

Aux « cordons de la bourse », qui prévalaient au XVII^e siècle, s'est substituée aujourd'hui, la notion de compte de paiement. En effet un compte de paiement est un compte « détenu au nom d'une ou plusieurs personnes, utilisé aux fins de l'exécution d'opérations de paiement »⁵¹. Or, lorsqu'un compte de paiement est ouvert dans un établissement de crédit, il devient un compte de dépôt susceptible, en vertu de l'article L. 312-1 du code monétaire et financier, de donner lieu à la fourniture gratuite de l'ensemble des produits et services énumérés à l'article D. 312-5 du code monétaire et financier relatif aux services bancaires de base⁵².

de son obligation de restituer la chose au déposant, sans que ce dernier ait à démontrer l'existence d'un préjudice » (Cass. com., 16 juin 2009, n° 568, F-D). De même, tout manquement d'une banque « aux règles générales de prudence et de diligence s'imposant au dépositaire lors de la restitution des fonds » est susceptible d'entraîner sa responsabilité (Cass. com., 6 mars 2007, pourvoi 05-19776).

49. En vertu de l'article L. 312-4, les banques sont donc tenues de cotiser à un fonds de garantie des dépôts « qui a pour objet d'indemniser les déposants en cas d'indisponibilité de leurs dépôts ». Cette obligation rend toutes les banques, quoique concurrentes, solidaires entre elles pour assurer la sécurité des dépôts de leurs clients. Toute banque qui, dans le cadre de la rude concurrence qui l'oppose aux autres, ferait disparaître un rival serait personnellement tenue de participer à la « restitution » par le rival déchu des sommes déposées chez lui par les clients de ce dernier.

50. CA Paris, 18 mars 1992.

51. Art. L. 314-1, C. mon. fin. (ord. n° 2009-866 du 15 juillet 2009, relative aux conditions régissant la fourniture de services de paiement et portant création des établissements de paiement).

52. Il s'agit des douze services suivants :

À partir du moment où une personne entretient avec une banque une relation de compte, elle peut en obtenir les moyens et instruments de paiement qu'elle juge utiles⁵³. Le décret relatif aux relations entre les prestataires de services de paiement et leurs clients prévoit, en particulier, qu'au cas où aucun chéquier n'aurait été attribué au client lors de l'ouverture de son compte, sa situation doit être réexaminée périodiquement. C'est donc bien que, sans que son obtention ne soit un droit pour le déposant, le chèque est un instrument jugé suffisamment important par les pouvoirs publics pour jouir d'un régime particulier.

Entre les différents instruments et moyens, c'est le client qui arbitre en fonction de leur coût, de leur sécurité et de leur commodité d'usage pour l'opération de paiement à effectuer. Cela résulte de la nature même de la monnaie scripturale : l'instrument de paiement en monnaie scripturale est aussi l'instrument par lequel le déposant demande à son dépositaire de lui restituer tout ou partie de son dépôt. Ce choix du « payeur » n'est pas uniquement rationnel ; il dépend aussi des coutumes. À titre d'exemple, un examen rapide des habitudes de la clientèle montre qu'un « client » d'une banque, qui aurait besoin de régler une prestation de service, pourrait utiliser un chèque en France alors qu'il utiliserait un virement au Luxembourg, une carte en Suède et des espèces en Allemagne. Dans le cadre strict du paiement, ces instruments et / ou moyens sont totalement interchangeables.

De ce fait, les banques, dans leur négociation commerciale avec leurs clients ayant un fort pouvoir de négociation, sont parfois amenées à lâcher sur la tarification d'un service associé à un compte et à se rattraper sur les

autres services associés. Car, ce qui importe pour la banque c'est la rentabilité globale de sa relation de compte avec son client. Ainsi, lorsque les clients des banques optimisent la gestion de leur trésorerie en virant automatiquement le solde de leur compte de dépôt, ou de leur compte courant, sur un compte de placement, les banques essayent de tarifier certaines opérations auparavant réalisées gratuitement (l'encaissement des chèques, par exemple). Lorsque ces mêmes clients arrivent à faire baisser certains tarifs (coût d'encaissement des chèques, par exemple), les banques essayent d'augmenter certains autres (commission de mouvement⁵⁴, par exemple), ce qui ne signifie pas que tous les tarifs appliqués par les banques à leurs clients, dans le cadre de la relation de compte, servent à rémunérer l'encaissement des chèques ou autres instruments de paiement. Cela traduit uniquement trois éléments : le fort pouvoir de négociation de certains clients vis-à-vis des banques, l'impossibilité de dissocier certains services de la gestion des comptes et la très vive concurrence existant entre les banques.

2 – Le choix entre les différents instruments de paiement

Pour quelles raisons les « grands remettants » qui supportent des frais acceptent-ils plus facilement des paiements par chèque que les « petits remettants » qui n'en supportent pas ? Faut-il y voir le fait que, bien souvent, les « grands remettants » sont abonnés à des sociétés qui gèrent des bases de données⁵⁵, relatives à l'utilisation des chèques, afin d'aider à la détection des chèques frauduleux ce qui fait diminuer le taux d'impayés ? Faut-il considérer aussi que les « petits remettants » n'ont pas les moyens de s'équiper avec des systèmes de capture d'images-chèques, qui préparent automatiquement les remises et alimentent tout aussi automatiquement leur comptabilité, et qu'ils sont donc obligés, pour chaque paiement par chèque, de se déplacer phy-

- « • L'ouverture, la tenue et la clôture du compte.
- Un changement d'adresse par an.
- La délivrance à la demande de relevés d'identité bancaire.
- La domiciliation de virements bancaires.
- L'envoi mensuel d'un relevé des opérations effectuées sur le compte.
- La réalisation des opérations de caisse.
- L'encaissement de chèques et de virements bancaires.
- Les dépôts et les retraits d'espèces au guichet de l'organisme teneur de compte.
- Les paiements par prélèvement, titre interbancaire de paiement ou virement bancaire.
- Des moyens de consultation à distance du solde du compte.
- Une carte de paiement dont chaque utilisation est autorisée par l'établissement de crédit qui l'a émise.
- Deux formules de chèques de banque par mois ou moyens de paiement équivalent offrant les mêmes services ».

53. Mais toutes ces opérations ne sont pas de même nature. Un client qui souhaite obtenir directement un « moyen » de paiement ne fait que demander la restitution d'un bien lui appartenant (que celui-ci provienne d'un dépôt antérieur ou d'un crédit immédiatement suivi d'un dépôt) ; celui qui cherche à se procurer un « instrument » ne demande que la possibilité de faire circuler – sous forme de monnaie scripturale – les fonds qui lui appartiennent sans être obligé de passer par un retrait préalable (c'est-à-dire par une transformation de cette monnaie scripturale en monnaie fiduciaire). Avec l'usage d'un « instrument », le paiement n'est donc pas immédiat. On peut encore dire que l'usage d'un « instrument » constitue un « détour ». Mais, sans instrument pour faire circuler le « moyen », il n'y aurait pas de monnaie scripturale ; il n'y aurait que des actifs financiers (plus ou moins liquides) et tous les paiements ne pourraient être faits qu'en monnaie fiduciaire. Avant de payer, le débiteur serait donc tenu d'aller se faire restituer son dépôt par son banquier dépositaire ; il pourrait alors transporter lui-même la somme nécessaire – sans oublier de faire l'appoint – pour la remettre par simple tradition à son créancier qui pourrait alors aller la déposer sur son propre compte et la transformer ainsi en actif financier rémunérable.

54. La commission de mouvement est une commission normalement prélevée sur tous les mouvements débiteurs de nature commerciale. Elle n'est perçue que sur les comptes courants mais ni sur les comptes de dépôt à vue ni sur les comptes « ordinaires ». Dès lors, elle ne concerne absolument pas les particuliers qui sont les principaux tireurs de chèques. Elle n'a, non plus, aucun rapport avec les conditions faites notamment « aux grands remettants » à l'occasion des présentations de chèques à l'encaissement car ces remises viennent créditer les comptes de ces clients et non les débiteurs. En ce qui concerne La Banque postale, qui a peu de compte d'entreprises, elle ne soumet à la commission de mouvement que des comptes qui bougent beaucoup et dont le solde moyen est faible, sans pour autant être mouvementés par des chèques. La commission de mouvement constitue « le prix de services, distincts du crédit, qui consistent, soit à tenir les comptes du client, soit à rémunérer le service de caisse assuré par le banquier » (Cass. com., 14 décembre 2004, pourvoi n° 02-19532). Attachée au fonctionnement des comptes courants, cette commission de mouvement ne peut en aucun cas être perçue sur des mouvements affectant des sous-comptes d'un même compte courant : attendu « que le contrat de compte courant est caractérisé par la possibilité de remises réciproques s'incorporant dans un solde indivisible unique pouvant, dans la commune intention des parties, varier alternativement au profit de l'une ou de l'autre, exigible à la seule clôture du compte, ce qui exclut la perception de frais et commissions engendrés par des mouvements de fonds entre divers sous-comptes artificiellement créés par la banque pour la gestion du compte courant... » (Cass. com., 30 septembre 2008, pourvoi n° 07-13 457).

55. Ces bases de données qui sont, quasiment toutes, installées hors des frontières et, qui dans la pratique, conduisent les entreprises du grand commerce à « interpréter » les obligations édictées par la CNIL.

siquement jusqu'à leur agence bancaire pour y remettre les vignettes obtenues et de tenir manuellement une comptabilité qu'ils seront obligés de justifier en cas de contrôle⁵⁶ ? Quoi qu'il en soit, on constate que le débiteur utilise indifféremment un instrument ou un autre pour acquérir un même produit ou service, sauf à être influencé par son créancier en raison de considérations qui dépassent le cadre du paiement proprement dit. On constate dans la pratique que les entreprises du grand commerce poussent surtout à l'usage des instruments de paiement qui donnent lieu à moins de manipulation et donc à un temps de passage aux caisses optimisé. Ce qui est vrai en France, du fait du haut degré de sécurité des instruments de paiement, ne l'est pas forcément dans tous les pays.

Tout agent économique qui a besoin d'effectuer un paiement peut donc chercher à obtenir un ou plusieurs « instruments de paiement », mais il ne cherche pas à les acquérir pour eux-mêmes ; il ne cherche pas à les acquérir pour en user dans une simple consommation, qu'elle soit finale ou intermédiaire – au sens économique de ces termes –, comme ce serait le cas s'il s'agissait d'une simple marchandise ; il les recherche parce que ces « instruments » sont nécessaires à la mise en œuvre des « moyens de paiement » et donc à la libération d'une obligation. Les instruments de paiement ne font pas l'objet d'une « consommation » – c'est particulièrement visible pour une carte – mais, sans instrument de paiement, il ne peut y avoir de consommation en dehors de celle des biens directement produits par le consommateur lui-même ou des biens donnés par le producteur ; il ne peut y avoir de consommation en dehors de l'autoconsommation ou de celle qui résulte de l'économie de don. Les instruments de paiement sont, par excellence, les « intermédiaires de marché ».

En dehors des espèces, qui sont les seuls « moyens de paiement » que l'on peut remettre par simple tradition sans avoir recours à un « instrument », les autres « moyens de paiement » ne peuvent pas circuler sans être activés par un « instrument ». De plus, que ce soit le chèque ou la carte de paiement, l'usage en est gratuit⁵⁷ (même si pour la carte, l'acquisition du droit d'en user et l'assurance qui y est attachée sont payantes)⁵⁸. Quant aux espèces, qui leur sont substituables dans les paiements de proximité, leur usage est gratuit non seulement pour le débiteur mais aussi pour le créancier⁵⁹.

56. Ce progrès réel, qui découle directement de la mise en place des échanges d'images chèques, ne profite pas aux banques mais à une partie de leur clientèle ; celle qui a un volume d'instruments de paiement à encaisser suffisant pour pouvoir faire les investissements en traitements automatisés lesquels feront ensuite chuter le coût marginal de l'encaissement.

57. Il en est de même du prélèvement pour le paiement des impôts (CGI, art. 1681 D).

58. Nous n'examinerons pas, dans ce cadre, les différences entre le chèque et la carte, notamment le fait que le chèque soit un instrument à usage unique (un chèque pour un seul paiement) et la carte un instrument à usage multiple (une seule carte permet d'effectuer autant de paiement que le décide son détenteur).

59. Ce qui est payant pour le créancier c'est la transformation du moyen de paiement obtenu en actif financier, du moyen d'échange en instrument de réserve de valeur – ou de spéculation. C'est aussi le comptage et la sécurisation de ses avoirs.

Dans les paiements en face à face le chèque est substituable aux espèces ou à la carte bancaire de paiement – peut-être aussi, dans une certaine mesure, à la carte de crédit⁶⁰, et à la carte privative⁶¹ – alors que dans les paiements à distance il est substituable à la carte, au virement, au prélèvement ou encore au titre interbancaire de paiement.

À partir du moment où une personne entretient avec une banque une relation de compte, elle peut en obtenir les moyens et instruments de paiement qu'elle juge utiles. Et, entre différents instruments et moyens, elle arbitrera en fonction de leur coût, de la sécurité qu'ils procurent, de la facilité de leur usage... « La théorie économique stipule que le choix d'un instrument de paiement pour un consommateur est lié aux coûts (ou aux bénéfices) d'usage d'un instrument lors d'une transaction de valeur p . Les coûts peuvent être fixes comme, par exemple, le temps nécessaire pour remplir un chèque ou bien obtenir une autorisation de paiement par carte ou bien encore les délais supplémentaires, dans les files d'attente, aux points de vente qui n'acceptent que les espèces. Les coûts peuvent être variables et dépendre de la valeur de la transaction p . Par exemple, pour régler une transaction d'une valeur p en pièces et billets, un consommateur a besoin de détenir un billet d'une valeur supérieure ou égale à p . Or, la détention de ce billet est coûteuse pour le consommateur car il supporte un manque à gagner (coût d'opportunité de la détention d'un billet) équivalent à la perte en intérêt (liée au non-placement de la valeur du billet sur un simple dépôt à vue rémunéré). L'arbitrage pour un consommateur entre les différents instruments de paiement consisterait donc à comparer, lors de chaque transaction de valeur p , les coûts fixes et variables associés à chaque instrument de paiement et à privilégier celui qui minimise les coûts »⁶².

Une observation plus attentive des marchés montre qu'en France, en 2009, si les clients payent plus facilement par chèque les artisans qui viennent travailler à leur domicile, ils règlent majoritairement leur facture d'électricité par prélèvement. S'ils payent l'acquisition de leur voiture préférentiellement par chèque, ils règlent habituellement leur essence par carte et les péages d'autoroute en espèces. Les écoles et cantines

60. Mais la carte de crédit ne fait pas circuler la monnaie scripturale et ne permet pas au débiteur de se libérer de sa dette. En effet, dans ce mécanisme, l'émetteur de la carte, qui n'est pas une banque chargée de gérer des moyens de paiement, se substitue au débiteur pour payer le créancier (et, en ce sens, le créancier est totalement désintéressé). Pour cela l'émetteur de la carte accorde un crédit au porteur de la carte, crédit qu'il ira ultérieurement se faire rembourser auprès du banquier teneur du compte du débiteur. Dès lors, l'opération par laquelle le créancier est désintéressé est séparée de celle par laquelle le débiteur est libéré de sa dette. Dans cette double opération il y a une véritable novation par substitution de débiteur ; d'une dette civile ou commerciale le débiteur de la transaction sous-jacente passe à une dette bancaire, un crédit. Vouloir considérer la carte de crédit comme « substituable » à un instrument de paiement est de même nature que vouloir considérer la voiture comme substituable à un autobus urbain ; après tout, ce sont bien deux « moyens » de transport !

61. Mais la carte privative ne fait pas non plus circuler la monnaie. Elle est une carte de crédit à usage limité puisque strictement réservée aux paiements dans les entreprises du groupe qui l'a délivrée. Elle a pour objet principal de freiner les velléités des clients de fréquenter une enseigne concurrente. De ce point de vue, on peut donc considérer que la carte privative est un moyen « anticoncurrentiel » par nature !

62. D. Bouinie, « Le rôle des instruments de paiement dans l'économie », in *Horizons bancaires*, n° 338, juin 2009, p. 11.

sont essentiellement payées par chèque, mais parce que les collectivités locales imposent ce type de règlement. De même, si les réservations de vacances sont souvent payées par chèque, les nuits d'hôtel sont majoritairement réglées par carte. Enfin, les dépenses de santé sont, pour leur grande majorité, payées par chèque chez le médecin, le dentiste ou le kinésithérapeute mais par carte chez le pharmacien.

Les impôts et assurances sont payés par prélèvement, éventuellement par chèque, peu par TIP ou par virement... Mais, au cours des dernières années les instruments utilisés pour payer ces charges ont beaucoup évolué : au fur et à mesure que l'Urssaf et l'administration fiscale ont imposé l'automatisation des déclarations et des paiements (TVA, charges sociales) ou ont poussé à la mensualisation (impôt sur le revenu, impôts locaux), les prélèvements se sont ainsi substitués en masse aux paiements par chèque. Pour les débiteurs, ces instruments sont donc parfaitement substituables et ce ne sont pas toujours eux qui imposent leur choix.

D'un point de vue théorique, il convient de signaler en outre que les préférences des consommateurs – comme celles des commerçants – pour tel ou tel instrument de paiement obéissent au paradoxe de Condorcet. Ce n'est pas parce qu'un groupe quelconque d'agents économiques préfère la carte au chèque et le chèque au virement qu'il préfère forcément la carte au virement. Il n'y a pas de transitivité de l'appréciation de l'utilité respective de chacun des instruments⁶³. Cependant, cette absence de transitivité n'est pas suffisante pour caractériser un marché ni même un « sous-marché »

L'étude présentée par D. Bounie, M. Bourreau, A. François et M. Verdier dans la *Revue d'économie financière* du mois de mars 2008 a examiné la question sous un autre angle qui montre tout autant la totale substituabilité entre ces divers instruments de paiement et qui fait ressortir l'inélasticité de cette substitution aux décisions des banques.

L'accès à un instrument plutôt qu'à un autre est fonction de l'âge du débiteur : 68,8 % des titulaires d'un compte âgés de 18 à 24 ans sont détenteurs d'un chèque contre plus de 95,7 % pour ceux âgés de plus de 65 ans ; en ce qui concerne les cartes bancaires cette différence de taux de détention est inversée : 80,9 % des 18-24 ans en possèdent au moins une contre seulement 72,5 % des plus de 65 ans. « La probabilité d'usage du chèque est plus élevée pour la classe d'âge des 25-64 ans par rapport aux deux autres catégories, mais la probabilité est plus élevée pour les individus âgés de plus de 65 ans que pour ceux âgés de moins de 25 ans. De même, la probabilité d'usage de la carte de débit est pratiquement équivalente entre les moins de 25 ans et les 25-64 ans et est largement supérieure à celle des plus de 65 ans. Mais l'âge n'a pas nécessairement le même effet

sur la détention et sur l'usage du chèque et de la carte de débit. Ainsi la probabilité de détention d'un chéquier est strictement croissante avec l'âge. Autrement dit, la probabilité de détention pour la catégorie des 25-64 ans est supérieure à celle des moins de 25 ans alors même que la probabilité d'usage de cette dernière catégorie est plus faible. De même, la probabilité de détention de la carte de débit pour les 25-64 ans est plus élevée que pour les individus plus jeunes alors même que la probabilité d'usage des deux catégories est similaire »⁶⁴.

Toujours au cours de la même étude, en poussant l'analyse à partir d'un autre critère, D. Bounie, M. Bourreau, A. François et M. Verdier soulignent que « pour des montants compris entre 23 et 200 euros, la carte de débit est l'instrument de paiement le plus utilisé. Le taux d'utilisation de la carte croît jusqu'à 50 euros et diminue après cette valeur. Au-delà de 200 euros, la proportion des paiements réalisés par chèque dépasse celle de la carte de débit »⁶⁵.

On ne saurait mieux dire que tous ces instruments de paiement sont parfaitement substituables et également associés au fonctionnement des comptes à vue. Les constatations socio-comportementales confortent bien l'analyse juridico-économique selon laquelle la circulation monétaire est la contrepartie nécessaire au fonctionnement de tout marché.

D – LA NATURE DES SERVICES RENDUS PAR LA BANQUE

1 – Un seul service de caisse pour la circulation monétaire

En fait, ce qui rend compliquée l'analyse du rôle des banques dans le mécanisme des paiements c'est que la matière première des banques ainsi que leur produit fini sont l'un et l'autre la monnaie, laquelle est incorporée aux moyens ou véhiculée par les instruments de paiement. Dès lors il y a toujours un risque de confusion entre le processus de production et le processus de commercialisation.

Or, s'il est normal que le droit de la concurrence affecte le processus de commercialisation, car celui-ci est propre à chaque banque, vouloir l'appliquer directement au processus de production est un non-sens. Cela est d'autant plus vrai qu'aucune banque ne peut, à elle seule, assurer l'intégralité du processus qui est d'abord un mécanisme de transmission d'un agent à un autre, un mécanisme d'intermédiaire obligatoire du marché. Pour que ce mécanisme puisse fonctionner, pour que les banques puissent jouer ce rôle d'intermédiaire nécessaire sans lequel aucun marché ne saurait se développer, il faut que les banques aient, les unes par rapport aux autres, des activités complémentaires. Car, si les banques sont bien en concurrence les unes avec les autres pour obtenir de pouvoir gérer les comptes de leurs clients, elles sont nécessairement complémentaires pour pouvoir réaliser les opérations élémentaires concourant à cette gestion.

63. Selon K. Arrow (« The Economics of information », Harvard University Press, Cambridge, 1951), en dehors du « choix dictatorial », il ne peut pas exister d'« indicateur de préférence sociale » permettant de satisfaire la transitivité de la règle de choix. Cette règle est applicable à tous les « biens publics » – qu'ils soient purs ou avec exclusion – et donc aussi aux instruments de paiement.

64. *Revue d'économie financière*, n° 91, p. 64 et 65.

65. *Revue d'économie financière*, n° 91, p. 68.

Si le chèque, le prélèvement ou le virement, n'est qu'un simple instrument servant exclusivement à véhiculer de la monnaie scripturale, cela signifie que son utilité est indissociable de celle de la monnaie qu'il véhicule, que son usage est totalement subordonné à celui de la monnaie scripturale et que, dès lors, il ne saurait y avoir de marché plus ou moins relatif au chèque qui soit autonome par rapport à la monnaie scripturale. En effet, un instrument de paiement est un instrument nécessaire pour transformer un avoir financier en monnaie scripturale – un élément de capital en monnaie – et pour permettre à cette monnaie scripturale de jouer son rôle d'intermédiaire dans l'échange. Sans instrument de paiement pour les transformer en monnaie scripturale et la faire circuler, les avoirs détenus sur les comptes de dépôt à vue ne pourraient plus, à proprement parler, remplir – et encore – que la seule fonction de « réserve de valeur ».

Il y a donc une différence de nature entre la « mobilisation » des avoirs détenus sur les comptes de dépôt à vue des particuliers, pour effectuer un paiement, et la « transformation » de la monnaie scripturale reçue par la grande distribution en article de compte courant. La première ne constitue que la mise en circulation d'un instrument d'échange alors que la seconde constitue la transformation de l'instrument d'échange en instrument de réserve de valeur, voire de pure spéculation. Si l'on pousse le raisonnement jusqu'au bout, il est normal qu'un compte courant soit rémunéré et que toute opération au débit ou au crédit de ce compte soit effectuée à titre onéreux alors qu'il est tout aussi normal que toute opération effectuée au débit ou au crédit d'un compte de dépôt à vue soit gratuite et que le solde de ce compte ne soit pas rémunéré. La fiction de la rémunération du solde du compte ordinaire de dépôt à vue des particuliers, qui porte sur des sommes bien souvent dérisoires, ne saurait servir de justificatif ni à une facturation de la mise en circulation de la monnaie scripturale ni à une mise en parallèle du fonctionnement de ce compte avec celui des comptes courants des grands opérateurs. Le fait d'autoriser la constitution d'un dépôt aussitôt, à partir d'un crédit accordé par la banque à son client particulier, n'a pas pour effet non plus de transformer le compte ordinaire de dépôt à vue en compte courant.

De même, si l'optimisation financière d'une trésorerie a un sens pour un grand remettant qui peut, en une seule opération, mobiliser des sommes importantes, il n'en est pas de même pour les particuliers. Pour ces derniers, et indépendamment de toute facturation, le coût économique de l'opération d'optimisation est bien souvent supérieur au gain que le client peut en retirer, surtout en période de taux bas.

2 – La circulation monétaire condition et non objet⁶⁶ de l'échange

La monnaie, en tant que contrepartie de toute transaction, doit, par essence même, être tenue en dehors de tout mécanisme de marché, dans la mesure où le marché exclut tout agent économique ayant un besoin à satisfaire mais qui ne peut pas payer le prix réclamé par l'offreur ; dans la mesure où le marché exclut tout agent économique qui aurait une utilité à proposer un service ou un bien, mais qui ne pourrait pas l'offrir à un prix compatible avec ce que les demandeurs sont disposés à payer.

Le marché exclut aussi bien la demande non solvable que l'offre trop onéreuse – non rentable. C'est d'ailleurs pourquoi le prix qui s'établit sur un marché totalement libre et concurrentiel est censé déterminer le volume des échanges.

Mais pour qu'un marché puisse fonctionner librement, encore faut-il que la monnaie soit accessible à tous les agents économiques sans entrave particulière ; encore faut-il qu'elle puisse circuler facilement. C'est bien pour répondre à ces impératifs, fixés par les pouvoirs publics, que les agents financiers ont multiplié les instruments qui permettent de faire circuler la monnaie scripturale de façon à permettre à chaque agent économique non financier de pouvoir avoir accès, au moins à l'un d'entre eux, en toutes circonstances. S'il n'en était pas ainsi, les agents économiques qui auraient normalement les moyens d'intervenir sur un marché et y trouveraient un intérêt en seraient privés faute de pouvoir accéder à au moins un instrument permettant de mobiliser la monnaie. Et, si aucune banque en particulier n'est obligée d'offrir à tous ses clients la gamme complète des instruments disponibles, l'ensemble des banques doit rendre l'ensemble de cette gamme accessible à l'ensemble des agents économiques non bancaires.

Par ailleurs, la réunion des banques, pour fixer entre elles les conditions des échanges qui leur permettent de rendre en commun un service global à l'ensemble des agents économiques non financiers et pour en répartir les coûts, ne saurait en aucun cas être assimilée à une opération de marché dans la mesure où, dans le cadre de l'opération de paiement des chèques, les banques ne sont pas libres de contracter ou ne pas contracter, ne sont pas libres de choisir avec qui contracter, ne sont pas libres des quantités échangées.

En effet, dans le cadre par exemple du mécanisme d'échange d'images chèques – comme dans tout dénouement d'une opération de paiement par monnaie scripturale –, les banques présentatrices ne sont pas libres de choisir le partenaire auquel elles vont s'adresser, elles sont obligées d'entrer en relation avec chacune des banques tirées dont elles portent les chèques. De même, les

66. Déjà en 1750, D. Hume constatait dans son « Essai sur l'argent » que « l'argent n'est pas à proprement parler l'un des objets du commerce, mais seulement l'instrument dont les hommes sont convenus pour faciliter l'échange d'une marchandise contre une autre. Ce n'est pas l'une des roues du commerce : c'est l'huile qui rend le mouvement des roues plus doux et plus aisé ». (trad. C. Tutin, « Une histoire des théories monétaires », Champs classiques, 2009, p. 119).

banques tirées n'ont pas le choix non plus d'accepter ou non de procéder à un échange avec telle ou telle banque présentatrice plutôt qu'avec telle ou telle autre. Les banques ne sont pas libres de virer les sommes qui leur sont indiquées à n'importe quelle autre banque ; elles ne sont pas libres de prélever les sommes qui sont dues à leurs clients sur n'importe quelle autre banque... et il en est de même quel que soit l'instrument de paiement utilisé.

En fait, **toutes** les banques doivent présenter à **toutes** les autres banques les valeurs tirées sur leurs caisses sinon elles ne pourraient pas exécuter les mandats d'encaissement confiés par leurs clients. Elles doivent présenter au teneur de compte des débiteurs de leurs clients **tous** les ordres de prélèvement qu'elles ont mission d'exécuter. Elles doivent virer à la banque tenant le compte du créancier de chacun de leurs clients la somme que ceux-ci leur ont donné ordre de payer. **Toutes** les banques **doivent** accepter de prendre **tous** les chèques tirés sur leurs caisses, quelle que soit la banque qui les leur présente. Elles doivent **toutes**, dans la mesure où le compte ordinaire de dépôt à vue de leurs clients le permet, et dans la mesure où elles y ont été expressément autorisées par le titulaire du compte, exécuter l'ordre de prélèvement qui leur est présenté par une autre banque. Elles doivent **toutes**, dans la mesure où la provision est constatée – que ce soit par un dépôt antérieur ou par un droit de tirage résultant d'une ouverture de crédit, quelle qu'en soit la nature – exécuter les ordres de virement remis par leurs clients. **Dans ces conditions, non seulement aucun acteur de l'opération d'échange ne choisit son partenaire, mais encore nul ne choisit non plus le nombre de valeurs à échanger, ni le montant total de ces valeurs.** La participation au mécanisme entraîne pour **tous** les acteurs l'acceptation de toutes les contraintes inhérentes au système, notamment pour en assurer la sécurité et la pérennité. **Aucun échange ne donne lieu à un accord de volonté spécifique, individualisé.**

E – LA SOLIDARITÉ INTERBANCAIRE, REFLET DE L'UNITÉ FONDAMENTALE DE L'ÉCRITURE COMPTABLE

1 – La symétrie du rôle des banques « payeuses » et des banques « payées »

Si l'on peut concevoir qu'une banque présentatrice d'un chèque (ou porteuse d'un ordre de prélèvement à effectuer) ait un intérêt à l'opération – d'autant qu'en endossant le chèque qu'il lui a remis, le bénéficiaire lui a transféré la propriété de la provision – et qu'elle puisse donc, en quelque sorte, se conduire comme un « demandeur », puisqu'il s'agit pour elle d'obtenir le transfert de monnaie scripturale qui lui permettra de rendre un service à son client, il n'en est pas de même pour la banque tirée ni pour la banque destinataire de l'ordre de prélèvement. Elle n'est pas « offreur » et n'a aucun intérêt direct à l'opération. Elle ne peut donc, en aucun cas, développer une stratégie de maximisation de son propre profit dans le cadre du paiement d'un chèque

(d'un ordre de prélèvement ou de virement), quel que soit le processus utilisé. Quel que soit l'instrument de paiement utilisé, la banque du débiteur ne trouve jamais aucun intérêt immédiat à exécuter l'opération de paiement : en restituant ainsi indirectement à son client le dépôt d'origine, elle se prive de ressources. D'un point de vue juridique cette opération ne trouve, pour elle, sa cause que dans son désir antérieur de pouvoir disposer pour son propre usage de la somme d'argent déposée par son client. Le seul véritable service que le banquier rend à son client en la matière est un service de caisse. « Le banquier est le caissier de son client : il reçoit ses fonds en dépôt, effectue les paiements, procède aux encaissements »⁶⁷. Ces tâches sont indissociables – même si leur nombre et leur importance varient d'un client à l'autre – au sein de cet unique service global.

Dans l'opération de paiement entre banques, aucune des banques ne rend un service à l'autre, mais toutes deux s'unissent pour rendre chacune à leurs clients respectifs un unique service global que ces clients utilisent conjointement. Lorsque la Commission européenne constate que, d'un pays à l'autre, la commission interbancaire n'est pas payée par la même banque mais qu'elle peut être mise à la charge tantôt de la banque du débiteur et tantôt de la banque du créancier, elle s'interroge sur la nature du service que la commission est censée rémunérer. En fait, la Commission européenne constate simplement les conséquences de son erreur d'analyse. Car aucune banque ne rend service à l'autre et la « commission » interbancaire n'est pas le prix d'un service. Elle n'est que la contrepartie nécessaire de la part prise par l'une des deux banques dans la réalisation du service qu'elles rendent en commun. Dès lors, selon que la banque du créancier ou la banque du débiteur supporte une part plus importante de ce service qu'elles rendent en commun, il est normal que l'autre prenne en charge une partie supplémentaire du coût dudit service. Celle qui règle à l'autre une commission le fait dès lors pour la dédommager de sa participation au service qu'elle rend elle-même à son propre client. Il s'agit, en quelque sorte, d'une rétribution ; mais, comme toute rétribution, elle ne constitue pas un prix.

La « commission » interbancaire n'est pas un prix mais une indemnisation donnée par l'une des banques à l'autre, nécessaire à une répartition équilibrée du coût de ce service rendu en commun. Et, comme dans un espace économique optimal toutes les banques doivent adopter des règles de fonctionnement communes, l'efficacité économique conduit à la mise en place de « commissions multilatérales » et non pas d'une multitude de « commissions bilatérales ». À l'inverse, il n'est pas obligatoire que, d'un espace économique optimal à l'autre, les modes de fonctionnement et de répartition des tâches et des coûts soient identiques.

Quand, dans le langage courant, on parle de banques essentiellement tirées ou de banques essentielle-

67. J.-L. Rives-Lange et M. Contamine-Raynaud, « Droit bancaire », Dalloz, 5^e éd., 1990, p. 347.

ment présentatrices, il faut aussi comprendre de quoi il s'agit. En effet, on appelle banque essentiellement tirée une banque dont les clients alimentent habituellement leur compte ordinaire de dépôt à vue, surtout par des virements en nombres limités (salaires, allocations sociales, subventions), et règlent leurs très nombreuses dépenses en utilisant un nombre important de chèques de petit montant, en présentant souvent leur carte bancaire ou en acceptant un certain nombre d'ordres de prélèvement. À l'inverse, une banque est essentiellement présentatrice lorsque ses clients alimentent leur compte à vue (ordinairement un compte courant) avec de nombreux chèques de petit montant et règlent leurs dépenses par virement. En général, les banques essentiellement tirées constatent que les dépôts à vue augmentent sensiblement dans leurs livres entre le 25 du mois et le 5 du mois suivant (période de versement des salaires et des allocations diverses) et diminuent entre-temps. Pour les banques essentiellement présentatrices, le rythme – qui affecte essentiellement des comptes courants – est inversé.

Comme les mécanismes de compensation couvrent toutes les opérations de règlement interbancaire (quel que soit l'instrument utilisé), les banques tirées ont, en général, un solde de compensation positif entre le 25 du mois et le 5 du mois suivant et un solde de compensation négatif le reste du temps. Pour les banques essentiellement présentatrices, le rythme est inversé.

2 – Tout paiement scriptural repose sur le transfert d'un risque

Quand le solde de compensation des banques essentiellement tirées est globalement positif, celui des banques essentiellement présentatrices est globalement négatif, et inversement. Et, dans le temps, toutes les banques présentent, alternativement, des soldes de compensation négatifs et positifs. Globalement, sur une échelle de temps moyenne, ces soldes de compensation s'équilibrent en montants cumulés. S'il n'en était pas ainsi, toute banque présentant durablement un solde de compensation négatif finirait par disparaître, entraînant, pour ses clients, des difficultés que ne comblerait pas forcément complètement le fonds de garantie des dépôts... et faisant courir à l'ensemble de l'économie un risque systémique⁶⁸.

J.A. Schumpeter, pour sa part, pousse plus loin l'analyse économique de ce mécanisme : « Si dans le système de compensation, lors de chaque opération de paiement un élément d'actif devait disparaître et un nouveau de même valeur être créé, cela n'aurait aucun sens de parler du "même" élément

d'actif qui aurait simplement changé de mains »⁶⁹. Il n'y a donc pas, dans ce mécanisme, d'échanges économiques à proprement parler mais simplement des mouvements financiers inverses, coordonnés.

Si une banque tirée paye un chèque nonobstant le fait que le compte de son client ne soit pas suffisamment provisionné, elle accorde *de facto* un crédit nouveau à ce client et prend donc un risque supplémentaire de ne pas être réglée, c'est-à-dire de ne pas être garantie quand elle remboursera la dette qu'elle a corrélativement contractée vis-à-vis de la Banque de France. Dès lors, si des agios sont perçus sur le compte ainsi devenu débiteur cela n'a pas pour but de rémunérer, même en partie, la banque tirée pour son intervention dans l'opération de paiement, mais de la rémunérer pour le risque nouveau qu'elle assume, et de la couvrir des intérêts qu'elle-même paye à la Banque centrale.

On ne peut donc pas appliquer les règles du marché libre à un mécanisme imposé par la loi, organisé par un règlement public, en vertu duquel les intervenants n'ont le choix ni de l'identité de leur partenaire ni de la quantité échangée. Dans ces conditions, comment considérer comme un prix le montant financier fixe qui a été la condition de la mise en place du système ?

Peut-on dire que la substitution d'un créancier à un autre, dont ni l'un ni l'autre n'est choisi par le débiteur, constitue une opération de marché ? D'autant que les dettes se substituent l'une à l'autre au centime près. Quant aux débiteurs qui s'échangent leurs dettes, ils se les échangent aussi au centime près. Cet échange ne permet ni à l'un ni à l'autre d'« optimiser » son profit directement du fait de cette seule opération. Si l'un des deux verse une indemnité à l'autre, ceci ne saurait en aucun cas constituer un prix, ce ne peut être que la condition nécessaire pour permettre à tous de participer au mécanisme.

D'autant qu'il n'y a pas symétrie dans le régime économique de cette substitution. La banque qui substitue une dette vis-à-vis de la Banque de France à une dette vis-à-vis d'un de ses clients ne peut, en vertu de la loi, faire payer à ce client déposant le coût de cette substitution monétaire. À l'inverse, la banque qui substitue une dette en compte courant vis-à-vis d'un de ses clients à une autre dette en compte courant vis-à-vis de la Banque de France est libre de répercuter les coûts inhérents à cette opération de transformation à ce client, et même de percevoir une juste rémunération pour l'opération juridique qui lui est inhérente. Le client qui, lui, a bénéficié conjointement du service de paiement et du service de transformation, peut-il se plaindre d'avoir à en supporter le coût ? Et s'il veut que l'opération de paiement, *stricto sensu*, ne lui coûte rien, il peut toujours exiger de son débiteur que celui-ci le règle en monnaie fiduciaire... la seule à avoir cours légal ! Il supportera séparément le coût de la transformation de la monnaie fiduciaire en avoir financier.

Si, ni le client débiteur de l'opération sous-jacente, ni le client créancier de la même opération ne cherchent

68. « Les systèmes de paiement et de règlement constituent potentiellement la voie privilégiée de propagation des crises systémiques, car ils peuvent être à l'origine de réactions en chaîne. L'impossibilité d'un ou de plusieurs établissements d'effectuer leurs règlements, ou la crainte d'une telle défaillance, peuvent déclencher ou propager des désordres financiers. Ces perturbations dans les systèmes de paiement peuvent avoir des répercussions dans toute l'économie, dans la mesure où l'activité économique tout entière est fondée sur la capacité de régler les transactions et sur la confiance dans la capacité des contreparties à faire de même ». (D. Bruneel, suppl. « Études » au Bulletin trimestriel de la Banque de France, 4^e trim. 1994).

69. « Théorie de la monnaie et de la banque, t. II, Théorie appliquée », L'Harmattan, 2005, p. 13.

à dénouer l'opération principale par un règlement du prix en monnaie fiduciaire, c'est bien que l'un et l'autre y trouvent un intérêt.

Chaque fois qu'une banque tirée paye un chèque, elle accroît son risque immédiat de liquidité puisqu'elle rembourse un client alors que, pour autant, elle ne reçoit pas corrélativement un dépôt supplémentaire; l'ajustement se fait par une augmentation de sa dette vis-à-vis de la Banque de France. À l'inverse, chaque fois qu'une banque présentatrice remet un chèque en paiement elle diminue son risque immédiat de liquidité puisqu'elle obtient un nouveau dépôt qui lui permet de diminuer sa dette vis-à-vis de la Banque de France. La mise en œuvre de n'importe quel autre instrument de paiement aboutit au même résultat économique.

Ceci nous amène à deux considérations.

Premièrement, on peut dire que, dans ce mécanisme du paiement, la banque tirée permet *de facto* à la banque présentatrice de faire baisser son risque immédiat de liquidité. Mais cette retombée est seconde par rapport au service rendu au client et indissociable de celui-ci. En donnant à sa banque un ordre de retrait de son dépôt (et en l'espèce de remise des fonds correspondants entre les mains d'un autre banquier), le client augmente le risque de liquidité de celle-ci (et corrélativement, en l'occurrence, diminue le risque de liquidité de la banque de son créancier, banque qu'il ne connaît pas et avec qui il n'est pas en relation d'affaires).

Deuxièmement, si le solde des opérations de compensation conduit une banque tirée à devenir potentiellement débitrice de la Banque de France, elle doit immédiatement couvrir son solde débiteur en empruntant les sommes nécessaires auprès d'une ou de plusieurs des banques créditrices dans les livres de la Banque de France, essentiellement une des banques majoritairement présentatrice dans la journée. Pour obtenir ce service de la banque présentatrice à laquelle elle s'adresse, la banque tirée paye à celle-ci un intérêt calculé à partir du taux du marché au jour le jour. Mais, si l'opération financière d'ajustement des soldes a bien lieu sur un marché financier⁷⁰ – puisque chacun est libre de choisir sa contrepartie – il n'en est pas de même des opérations de paiement sous-jacentes.

Même, sans aller jusqu'à devenir débitrice de la Banque de France, en réglant le solde de compensation, la banque tirée voit diminuer ses avoirs à la Banque de France et donc aussi, à due concurrence, sa rémunération. Il convient d'ajouter à ce stade qu'au moment où une banque reçoit de l'un de ses clients un mandat d'encaissement elle ne sait pas si, au moment du paiement du solde de compensation, elle sera en position débitrice ou en position créditrice.

70. Même si ce marché n'est pas totalement libre, puisque les quantités échangées ne sont pas globalement le résultat de décisions individuelles de chacun des agents concernés.

F – LES CONDITIONS DU FONCTIONNEMENT DES COMPTES BANCAIRES

1 – La nécessaire « commission » interbancaire multilatérale

Compte tenu de notre analyse, ce que, par commodité de langage, on appelle habituellement « commission » n'a en fait aucun des caractères juridiques d'une « commission ». Ce n'est pas un prix; elle n'est pas discutée sur un marché et ne résulte pas de la confrontation d'une offre et d'une demande indépendantes. C'est, une rétribution, un dédommagement, une indemnité; c'est au mieux une « contrepartie » nécessaire à l'échange; c'est une « condition » de la circulation monétaire; c'est donc en quelque sorte un élément d'« infrastructure essentielle »⁷¹.

On peut, sans pour autant l'y réduire, rapprocher cette contrepartie nécessaire à la circulation de monnaie scripturale de l'« interchange » mis en place dans les opérations par carte, lequel est un ajustement financier destiné à « réduire le déséquilibre entre les coûts associés avec les activités d'émission et d'acquisition, avec pour objectif d'accroître la demande »⁷².

Cette contrepartie a donc comme raison d'être d'équilibrer entre les acteurs le coût des mécanismes de paiement afin de permettre la coopération de tous et d'en assurer la pérennité.

Car, pour que tous les instruments et moyens de paiement puissent être substituables pour le consommateur, il faut que chacun trouve un minimum d'équilibre indépendamment des autres et indépendamment de la relation de compte sous-jacente. Il ne peut pas y avoir de système de paiement sans une certaine coopération⁷³ – plus ou moins libre ou contrainte, mais toujours régulée – entre des agents économiques, les banques en concurrence.

Ce n'est pas sans raison que, dans son XXIII^e rapport sur la politique de la concurrence en Europe, la Commission européenne avait concédé: « Pour certains produits, le fonctionnement du marché présente la particularité de faire se rencontrer des opérateurs financiers indépendamment de leur volonté. En effet, ils exécutent la volonté de leurs clients et il n'y a pas de relation directe entre demande et offre; par exemple, quand un opérateur émet un chèque en faveur d'une contrepartie, la banque du créancier est obligée d'entrer en relation avec la

71. M. Malaurie-Vignal définissait cette notion dans une note sous la décision de la cour d'appel de Paris du 30 juin 1998 (J.-Cl. contrats-concurrence, décembre 1999): une structure qui « est vitale pour la concurrence » et telle que « les concurrents ne peuvent pas agir sur le marché sans y avoir accès ». Dans la mesure où l'on peut qualifier le mécanisme d'échanges interbancaires d'infrastructure essentielle, la coopération entre tous les acteurs est indispensable et l'autorité de contrôle doit seulement veiller au fait que ceux qui la détiennent, la font fonctionner – ou simplement la dominent – ne fassent pas un usage abusif de leur « position dominante collective ».

72. Don Cruikshank: « Competition in UK Banking, A report to the Chancellor of the Exchequer », mars 2000.

73. Un accord de coopération est un « accord par lequel des parties se rapprochent sans pour autant perdre leur autonomie ». (S. Perruzetto, « Les accords de coopération, spécialisation et sous-traitance », J.-Cl. Europe, fasc. 1460)

banque du débiteur »⁷⁴. Dans ses conclusions relatives à l'affaire Almelo (C-393/92, 27 avr. 1994), l'avocat général Darmon a, quant à lui, affirmé avec force : « Les règles de la concurrence peuvent être écartées non seulement lorsqu'elles rendent impossible l'accomplissement par l'entreprise considérée de sa mission de service public, mais également lorsqu'elles mettent en danger son équilibre financier »⁷⁵. Enfin, le vice-président du Conseil de la concurrence, Philippe Nasse, a reconnu, lors d'un colloque organisé le 30 novembre 2006 par l'Institut du droit de la concurrence, « qu'une forme d'entente tarifaire doit s'instaurer pour tout ce qui concerne la compensation, sauf à la rendre ingérable »⁷⁶.

En ce qui concerne le passage du système de compensation physique des chèques à l'échange d'images chèques, la Commission bancaire a considéré officiellement le 22 mai 2008, que :

- « La mise en place des différentes commissions interbancaires, dont, pour une période transitoire, la commission d'échange image chèque, a été déterminante dans la réussite de ce projet d'intérêt national. À cet égard, la Commission estime qu'on n'était pas en présence d'un simple ressenti subjectif insusceptible de fonder une exemption au sens du paragraphe 170 de la notification⁷⁷, mais que les témoignages concordants, y compris des pouvoirs publics qui ont accompagné cette évolution, peuvent être pris en compte pour établir objectivement le caractère effectif de cette nécessité » et

- « La Commission bancaire a rappelé que la mise en œuvre de l'Échange d'images chèques (EIC) était un enjeu politique majeur, soutenu activement par l'ensemble des pouvoirs publics dans le cadre du passage à l'euro qui constituait une opportunité de faire réussir ce projet en même temps qu'il le rendait plus nécessaire encore. Un tel projet, nécessairement interbancaire, devait recueillir l'accord de l'ensemble de la place afin d'être mené à bien. La mise en place des différentes commissions interbancaires, dont, pour une période transitoire, la commission d'échange image chèque, a été déterminante dans ce projet d'intérêt national »⁷⁸.

2 – Le compte, pivot de la relation de la banque avec son client

L'une des particularités essentielles du droit bancaire se manifeste « par le fait que les opérations accomplies sont regroupées dans un compte qui permettra leur règlement global »⁷⁹. Aucune opération n'est destinée – ni juridiquement, ni économiquement – à être appréhendée individuellement. Le compte en lui-même n'est que le cadre au sein duquel toutes les opérations individuelles sont réglées, mais un compte sans aucun instrument asso-

cié ne saurait fonctionner. Sans ces instruments dont il est le réceptacle des mouvements, le compte bancaire ne serait qu'un cadre vide.

C'est pourquoi la première loi française relative au chèque, celle du 14 juin 1865, définissait celui-ci comme « l'écrit qui, sous forme de mandat de paiement, sert au tireur à effectuer le retrait, à son profit ou au profit d'un tiers, de tout ou partie des fonds portés au crédit de son compte chez le tiré et disponibles ».

Si, même pour des raisons économiquement objectives, un établissement refusait l'ouverture du compte, il serait tenu de procéder, auprès de la banque centrale, aux démarches qui permettraient à celle-ci de désigner un établissement qui serait alors obligé d'ouvrir ledit compte et d'accorder les services associés. Car le droit au compte est une mesure d'ordre social qui prime toute considération financière.

Curieusement, on voit rarement la Banque de France désigner une des banques captives de la grande distribution (Accord, Edel, Banque du groupe Casino, etc.) pour gérer le service de caisse. Il est vrai qu'aucune de ces banques ne se positionne sur le marché de la relation bancaire de base, comme l'a expliqué le directeur général de la banque Accord, Damien Guermonprez dans la Revue d'économie financière, « les comptes courants font rarement partie de l'offre des banques de la distribution qui préfèrent en laisser la gestion et les coûts associés aux banques généralistes. [...] Après tout, viser la meilleure place dans le portefeuille de leur client à savoir, celle de première carte utilisée, est déjà une belle ambition si elle concerne des dizaines de millions de clients »⁸⁰... à qui on n'offrira jamais de chèque ! Car la relation de compte offerte par ces banques captives à leurs clients n'est qu'un artifice permettant d'utiliser une technique éprouvée pour un véritable service public à des fins purement individualistes, totalement déconnectées de la notion même de service. Il s'agit en fait, pour ces établissements, de générer et de s'approprier une rente.

« Les banques françaises ont une approche relationnelle, elles ont fondé leur expertise sur la vente de plusieurs produits à un même client et sur les conseils qu'elles offrent »⁸¹. C'est bien pourquoi « le banquier est mandataire de son client titulaire du compte pour effectuer les diverses opérations prévues par le contrat d'ouverture de compte »⁸². Cependant, un client qui ne voudrait pas être traité ainsi, qui considérerait qu'il n'a aucun besoin de conseils, que la relation de compte serait trop onéreuse ou contraignante et qui préférerait s'adresser, en toute liberté et toute indépendance, à telle ou telle banque pour y acquérir tel ou tel service individuel, aurait la possibilité de le faire puisqu'il pourrait alors s'adresser à une banque filiale d'un groupe de la grande distribution ou à une banque en ligne. Mais, dans chacune, il ouvrirait un compte... qui ne serait le récep-

74. Point 119.

75. Conclusions du 8 février 1994, point 146.

76. « Concurrences », Revue des droits de la concurrence, n° 1-2007, p. 5.

77. « Il ressort des témoignages des banques recueillis tant par la DNECCRF que par le rapporteur que la "nécessité" de la CEIC était, en fait, de l'ordre du ressenti : en effet, les banques membres de la commission inter-réseaux ont estimé que les banques majoritairement tirées étaient décidées à bloquer le passage à l'image chèque tant qu'elles ne bénéficieraient pas d'une commission interbancaire en leur faveur. Or, cette nécessité-là, éminemment subjective, ne correspond pas à une "nécessité" qui pourrait être prise en compte par le droit de la concurrence... ».

78. Position réitérée officiellement, le 23 octobre 2009.

79. J.-C. Bousquet, « L'entreprise et les banques », Librairies techniques, 1977, p. 51.

80. N° 92, juin 2008, p. 91.

81. B. Lequillier, in *Agéfi Hebdo*, 28 août 2008, p. 30.

82. A. Couret, F. Peltier et J. Devèze, « Le droit bancaire », PUF, Que sais-je ? 1994, p. 42.

tacle que d'un service partiel, amputé de ce qui fait son intérêt premier pour le client. Ces banques, en quelque sorte, pratiquent ce que l'on peut considérer comme un véritable refus de vente ; refus de vendre ce qui constitue le fondement même de la relation de compte.

« Les hyper et supermarchés sont avant tout des distributeurs de produits y compris financiers »⁸³ et ils ont exporté ce modèle auprès de leurs filiales ; ils ne les ont pas rendues co-gérantes d'un système de paiement. C'est pourquoi les clients ne trouvent pas auprès des banques captives des groupes de la grande distribution la possibilité d'émettre des chèques tirés sur ces établissements, ceux-ci refusant d'offrir un service qu'ils considèrent comme trop coûteux... pour la banque tirée ! On peut d'ailleurs se demander si la mise en place du SEPA – dont on sait qu'il ne couvre pas les chèques dont l'usage en France est atypique par rapport au reste de l'Union européenne – ne va pas conduire à la disparition du chèque (à moins que ce ne soit à celle des banques françaises) car il sera « l'occasion de centraliser les usines de paiement en Europe pour obtenir des tailles critiques permettant de rentabiliser les investissements »⁸⁴ relatifs aux opérations en capital et dès lors il risquera de rompre l'équilibre précaire des banques françaises, qui ne peuvent en supporter le coût de traitement que parce qu'elles le compensent avec les profits qu'elles retirent de la masse des capitaux qu'elles gèrent.

En vertu de l'article L. 131-71 (1^{er} al., *in fine*) du code monétaire et financier, toute clôture d'un compte doit conduire le banquier à réclamer à son client la restitution de toutes les vignettes de chèque non utilisées, car il ne saurait y avoir de paiement par chèque sans compte à débiter. Car les vignettes de chèque mises gratuitement à la disposition des clients n'ont d'autre fin que de permettre une certaine standardisation du traitement – ce n'est pas pour rien qu'elles sont définies par un organisme de normalisation, le CFONB – pour faciliter l'opération de restitution des fonds déposés (y compris entre les mains d'un des créanciers du déposant). Si le banquier est tenu de refuser de délivrer des chèques à tout client titulaire d'un compte visé par une

interdiction bancaire ou judiciaire d'émettre des chèques – interdiction imposée par la puissance publique dans le but de sécuriser le système national de paiements –, ainsi qu'à tout titulaire mineur de moins de 16 ans, en dehors de ces cas, le code monétaire et financier, par son article L. 131-71 fait obligation à tout banquier qui refuse la délivrance de formules de chèque de motiver sa décision, puisque tout titulaire d'un compte bancaire a légitimement droit à l'usage des chèques pour le faire fonctionner.

Comme tous les autres instruments de paiement, le chèque n'est qu'un simple outil permettant aussi de faire circuler la monnaie⁸⁵ scripturale dans le cadre du règlement d'une dette, par un débiteur à son créancier, au moyen de ce type de monnaie. Dans la monnaie scripturale, le moyen de paiement (unité gérée en compte) est dissocié de l'instrument (chèque, virement, ordre de prélèvement, facturette...) qui lui sert de support. C'est pourquoi le doyen Carbonnier expliquait que les instruments scripturaux de paiement « consistent en des jeux d'écriture (d'où le nom) sans déplacement d'instruments monétaires matériels. Tout se passe par inscriptions au débit et au crédit de comptes bancaires ; il pourra bien y avoir un papier, un titre destiné à constater l'opération, un titre apte à circuler (à ordre ou au porteur). Mais ce n'est pas la transmission du titre qui est le moment essentiel : le paiement n'est réalisé que lorsque le compte du créancier est crédité »⁸⁶. Le chèque n'a pas d'autre intérêt, ne répond à aucun autre besoin que celui de faire mouvoir de la monnaie scripturale (accessoirement de faciliter la transformation de cette monnaie scripturale en monnaie fiduciaire, dans le cas d'un retrait d'espèces). ■

83. B. Lequillier, in *Agéfi Hebdo*, 28 août 2008, p. 30.

84. F. Klein, in *Agéfi Hebdo*, 28 août 2008, p. 42.

85. « Une monnaie se caractérise d'abord par son émetteur (Banque centrale pour la monnaie fiduciaire, les établissements de crédit pour la monnaie scripturale), ensuite par ses fonctions (unité de compte, réserve de valeur, possibilité d'effectuer des transactions au sein d'une zone monétaire), et enfin par ses règles d'échange, c'est-à-dire les instruments qui permettent de la mobiliser ». (Rapp. du CNCT sur « La banque électronique », dit « Rapport Lorentz », 1997, p. 135). Pour certains juristes la monnaie n'est pas un bien auquel on puisse appliquer la théorie de l'offre et de la demande puisqu'elle « n'entre pas dans les préférences des individus » (J. Cartelier, « La monnaie », Flammarion, 1996, p. 37).

86. « Les biens », Thémis, Paris, 1992, p. 36.

III. UN DÉBITEUR LIVRÉ À SON CRÉANCIER

A – LE CONSOMMATEUR FINAL, DÉBITEUR INDIRECT DES COÛTS INHÉRENTS À LA CIRCULATION MONÉTAIRE

1 – Les coûts bancaires, éléments des frais généraux des commerçants

La plupart des arguments avancés pour fonder les reproches faits aux banques tournent autour du fait qu'en instaurant une « commission » interbancaire, généralement payée par la banque du créancier à la banque du débiteur, les banques qui tiennent les comptes de la « grande distribution » ne peuvent accepter de baisser leur tarification en dessous de leur prix de revient. Or, comme cette « commission » interbancaire vient alourdir leurs charges, elles augmentent par le fait même et à due concurrence le montant de cette tarification. Dès lors ces créanciers sont bridés dans leur désir (*sic*) d'accorder des ristournes à tous leurs bons clients. Et c'est donc le (bon) consommateur qui en pâtit.

La Commission européenne a même avancé l'argument à propos des prélèvements, sans tenir compte du fait qu'en France la plupart des prélèvements étaient le fait de l'administration fiscale et que celle-ci n'a ni l'intention ni le pouvoir d'accorder des remises en fonction de l'instrument utilisé par les citoyens pour se libérer de leurs dettes d'impôt vis-à-vis de la société nationale à laquelle ils appartiennent.

En isolant ainsi l'acte de paiement de sa cause juridique et de son objet économique, en le considérant comme un acte isolé trouvant en lui-même son origine et sa fin, on en arrive à des affirmations dépourvues de fondement réel et en contradiction formelle avec tous les principes généraux du droit.

Tout marché est une institution qui permet aux personnes de se rencontrer en tant qu'agents économiques, utilisant le contrat pour régler le régime de leurs relations et échanger entre eux des biens et services fongibles afin de satisfaire leurs besoins et / ou leurs désirs conscients et solvables. La condition nécessaire pour qu'un marché puisse fonctionner convenablement est donc que les biens et services soient fongibles entre eux, ce qui n'est pas possible à l'état naturel. Les biens et ser-

vices ne sont pas spontanément fongibles. Et ils le sont d'autant moins que les consommateurs ne rencontrent désormais directement que très rarement les producteurs. La rencontre fondamentale entre le besoin d'un consommateur (solvable) et le bien (rentable) offert par le producteur se fait désormais presque exclusivement par un intermédiaire qui domine de plus en plus le jeu des échanges marchands : le grand commerce. La présence de cet intermédiaire – nouveau dans l'histoire – a pour effet global de rendre plus onéreux l'accès au marché. Ce renchérissement général est occulté par la puissance de la grande distribution et le développement rapide des moyens de transport qui ont permis de masquer ce renchérissement par la présentation au public de biens nouveaux auxquels il n'avait pas accès auparavant. Mais en mutualisant les coûts d'intermédiation entre tous les produits vendus, la grande distribution déforme aussi les prix de revient au détriment de ceux qui sont produits à proximité. Si cette déformation du prix de revient ne frappait que le prix des produits de première nécessité, elle serait peut-être (?) moralement justifiée (mais pas économiquement). Si cette motivation n'existe pas, il ne reste plus comme justificatif que la rente de situation qu'exploite le grand commerce¹, en utilisant au mieux sa puissance économique et les avantages réglementaires et / ou fiscaux. Or, au sein de ces grandes surfaces marchandes – comme sur tout marché, mais avec une puissance économique moins grande – pour que les biens et services puissent être considérés comme fongibles entre eux, encore faut-il qu'il existe un instrument qui rende possible cette fongibilité qui n'est pas spontanée. C'est fondamentalement le rôle premier de la monnaie que de répondre à ce besoin primordial. Mais, pour que cette fongibilité soit réelle, encore faut-il que la monnaie ait bien la même valeur pour tout le monde.

Sans compter que le raisonnement des autorités de la concurrence tient pour acquis une conséquence qui n'est

1. C'est bien ce qui a été constaté en Suède lorsque ce pays a autorisé le « dual pricing » : les grands magasins situés dans les zones nordiques et sans concurrence locale véritable ont largement augmenté les prix des produits qu'ils vendaient et que les consommateurs voulaient payer par carte bancaire.

pas prouvée : ce n'est pas parce que les frais bancaires supportés par la « grande distribution » baisseront que les créanciers répercuteront nécessairement et au centime près cette baisse sur les montants qu'ils exigent de leurs débiteurs. Ils seront, comme tout agent économique, tentés de profiter de l'aubaine pour confisquer à leur profit une rente, aussi modeste soit-elle².

Car il est un aspect important qui est mal analysé par les autorités de la concurrence : c'est que les « commissions » litigieuses sont strictement interbancaires et que les banques n'ont pas d'intérêt particulier à faire accroître le volume des opérations ou à défendre une quelconque part de marché collective³. Toute « commission » payée par une banque l'est intégralement et obligatoirement à une autre banque. Toute « commission » perçue par une banque provient obligatoirement et intégralement d'une autre banque. La totalité des « commissions » versées par des banques est rigoureusement égale à la totalité des « commissions » perçues par les banques. Si ces « commissions » interbancaires, quelles qu'en soient les raisons, conduisent ensuite les banques à renchérir les coûts qu'elles font supporter par les grandes surfaces, elles font alors « partie des frais généraux du commerce, au même titre que les frais pour le traitement des espèces et des chèques, de la mise à disposition d'un parking, des frais d'éclairage, etc. »⁴. Dans la mesure où ces « commissions » sont de même montant, quelle que soit la banque qui les facture, elles ne viennent en aucun cas modifier le rapport concurrentiel entre lesdits commerçants. Cette concurrence entre commerçants s'exerce bien uniquement sur ce qui fait leur valeur ajoutée, la qualité et le prix des produits distribués.

2 – Une saine concurrence entre banques complémentaires ne peut reposer sur un prix de transfert imposé

Dans ce mécanisme, qui trouve sa source dans la participation des banques bénéficiaires des paiements aux coûts des banques qui en sont débitrices, le niveau de ces « commissions » ne fait que fixer le niveau de la participation de chacune au coût du mécanisme global. Dans cette coopération horizontale entre entreprises, aux intérêts opposés pour mettre en place et faire assurer (produire) un service que nulle ne peut rendre seule⁵, on n'est pas dans la même situation que celle

d'une entente entre concurrents pour se partager un même marché ou pour en influencer les prix. On est aussi aux antipodes des groupes verticalement intégrés (comme entre un hypermarché et sa centrale d'achat par exemple) où la facturation entre les entités du groupe permet de « localiser » le résultat dans un but d'optimisation globale.

Mais, il ne faut pas pour autant penser que les commissions qui permettent d'équilibrer le système reposent sur des coûts complets exacts. En effet, jamais les banques ne pourront justifier rigoureusement et définitivement les coûts de production d'une prestation de services individualisée. On l'a bien vu avec l'analyse des commissions interbancaires relatives aux paiements par carte : ce n'est pas parce que leur mode de calcul actuel résulte d'une décision du Conseil de la concurrence et que le système a été expressément accepté à l'époque par ledit Conseil qu'elles ne sont pas attaquées aujourd'hui et qu'elles ne le seront pas demain. Cette commission ne pourra jamais être justifiée que par un calcul de comptabilité analytique qui résultera toujours de choix considérés comme « subjectifs », que les banques seront en permanence obligées de justifier, tout en ne le pouvant que rarement. Car, si une comptabilité analytique est adaptée au calcul du prix de revient d'un bien matériel dont on peut identifier et isoler les composants dont la combinaison est invariable ou presque, elle ne peut pas être « objectivable » pour le calcul du prix de revient d'un service immatériel qui résulte d'une combinaison variable à l'infini de raisonnements et de *process*, lesquels peuvent se révéler tour à tour complémentaires ou exclusifs les uns des autres selon la combinaison retenue. En effet, pour qu'un prix de revient ait une quelconque pertinence, il faut que l'on puisse arriver à une affectation directe des coûts. Plus la part des coûts fixes est importante dans le coût total du bien ou du service vendu, plus il est entaché d'arbitraire. Il en résulte que plus on discrimine les marchés, plus le prix de revient de chaque bien ou service isolé est arbitraire. Si l'on excepte la charge des intérêts qui ne dépend pas des services rendus par les banques mais de la masse des capitaux gérés, la grande majorité des coûts des banques sont des charges de structure non affectables directement. La part globale des frais directs et des frais semi-directs (pour lesquels les unités d'œuvre sont objectivement attribuables à un service déterminé facilement isolable) ne représentent dans les banques que moins du tiers des frais totaux. Comme ces services sont eux-mêmes indissociables des masses financières concernées, la notion de coût marginal d'un service n'a aucun sens au regard du fonctionnement optimal du marché⁶.

De plus, le prix de revient d'une opération de paiement n'a rien à voir avec la valeur du « service » rendu. En effet,

2. Il n'y a qu'à voir comment les restaurateurs ont répercuté la baisse de la TVA sur le prix des repas au début de l'été 2009.

3. Il en sera différemment lorsqu'elles se trouveront en compétition avec les établissements de paiement. Cette compétition sera alors en partie comparable à celle existant déjà entre Visa et MasterCard. Dans la mesure où les établissements de paiement bénéficieront d'un avantage concurrentiel indu – du fait de contraintes prudentielles moins lourdes – il y a fort à parier que les banques essaieront, pour rester concurrentielle, de déporter la charge des coûts supplémentaires qui leur sont imposés par la réglementation sur le prix de « services » annexes, plus ou moins superflus... et cela, de façon plus ou moins opaque !

4. U. Burani, *L'Agéfi*, 11 mars 1997.

5. Pour le professeur L. Scialom, les banques « sont des acteurs essentiels de l'infrastructure majeure de toute économie marchande décentralisée – le système de paiement – et, à ce titre, assurent des fonctions de nature collective. La monnaie n'est pas un bien mais peut s'analyser conceptuellement comme un principe de coordination entre les agents et comme un dispositif de mémorisation, c'est-à-dire

un moyen d'enregistrer et de conserver l'information dans une économie marchande décentralisée. » (« La tentation du marché », in *Géopolitique*, juillet 2009, p. 41).

6. Une banque qui utiliserait les dépôts de ses clients pour réaliser des opérations financières pour compte propre pourrait n'avoir aucune efficacité économique et pourtant ne facturer presque rien à ses clients, au titre des services rendus si ses traders lui permettent d'obtenir un résultat financier important.

le prix de revient dépend, comme pour toutes les prestations non exclusivement matérielles, de la combinaison des *process* mis en œuvre alors que la valeur du « service » dépend de la quantité de monnaie qui y est incorporée. Un raisonnement purement microéconomique conduirait normalement à faire disparaître tous les paiements de petit montant (de la même façon que, dans certains pays, certaines personnes proposent de supprimer les pièces de 1, 2 ou 5 centimes en cuivre au motif que leur valeur faciale est inférieure à leur coût de fabrication). Vouloir imposer une rationalité économique marchande à toute opération constitutive de la circulation monétaire reviendrait donc à interdire toute transaction de faible montant. Si l'on ne veut pas faire disparaître les marchés de produits individuellement peu onéreux (car leur utilité n'a aucune relation arithmétique avec leur prix de revient) il faut faire échapper, au moins en partie, la monnaie, y compris la monnaie scripturale, aux lois établies uniquement pour le transfert des marchandises non monétaires. Mais, à l'inverse, si l'on veut imposer aux banques de se conduire les unes envers les autres comme des concurrentes dans toute opération de paiement, il faut d'une part accepter de voir disparaître la production de certains biens peu onéreux et d'autre part accepter, comme le faisait Hayek⁷, que toutes les « monnaies » de banque n'aient pas la même valeur. Il faut accepter qu'une banque, aussi grosse soit-elle, puisse faire faillite et que tous ses déposants perdent, dans une telle faillite, l'intégralité de leur créance, c'est-à-dire de leurs dépôts.

Ce que l'on appelle « coût réel » d'un service sur lequel on est censé pouvoir éventuellement justifier une « commission » interbancaire n'est jamais que le coût marginal de ce « service », et encore un coût marginal qui est et sera toujours incomplet. La prétention des autorités de concurrence de faire coïncider le montant des « commissions » avec le « coût marginal réel » résulte d'une double erreur d'analyse économique⁸. Une première erreur sur la nature réelle du service rendu par les banques à leurs clients qui ne permet pas de calculer véritablement le coût marginal, comme nous l'avons vu plus haut. Une seconde erreur sur la relation entre l'optimum économique et la limitation de la commission interbancaire à hauteur du coût marginal. En effet, la théorie de maximisation du profit d'une firme par égalisation du prix de vente au coût marginal est une théorie de l'équilibre instantané qui suppose qu'il s'agisse d'une part d'un prix de vente et d'autre part d'un coût marginal complet. La théorie repose d'ailleurs sur une hypothèse implicite d'une firme mono-produit (ou qui est capable d'affecter directement à un produit déterminé les frais de structure). Surtout, elle n'intègre pas le temps ; elle ne tient pas compte de l'évolution dans le temps des méthodes de production ni de la déformation

dans le temps des conditions de l'environnement. Elle ne peut en aucun cas servir de fondement à une politique commerciale à moyen ou long terme. Son application directe, sans discernement, à une situation économique concrète peut être une source grave d'instabilité⁹.

De plus, cette analyse, qui a été plusieurs fois développée par la Commission européenne et qui veut arrimer toute commission interbancaire à un quelconque « coût supplémentaire réel moyen » des banques participantes, repose sur une construction intellectuelle erronée qui assimile tout système interbancaire non seulement à un marché mais encore à un « marché contestable »¹⁰.

Cette prétention entretient une confusion grave avec l'équilibre walrasien selon lequel, à l'équilibre, « le prix de vente est égal au prix de revient ». Car, si beaucoup de personnes assimilent les deux raisonnements il n'en demeure pas moins que le « prix de revient » n'est égal au « coût marginal » que dans le cas d'une mono-production d'une part et que, pour Walras, si à l'équilibre « le prix de vente est égal au prix de revient » cela ne signifie pas que, pour obtenir un équilibre, il suffise d'imposer aux offreurs d'aligner strictement leur prix de vente sur leur prix de revient, encore moins sur le prix de revient moyen du marché – déséquilibré – ni même sur le prix de revient de l'offreur le plus efficace.

B – UNE HYPOTHÉTIQUE RÉPERCUSSION DIRECTE DE LA BAISSÉ DES FRAIS SUR LE CONSOMMATEUR

1 – La suppression des commissions interbancaires, effet d'aubaine pour la grande distribution

Si – comme le souhaite la « grande distribution » et comme le prétendent les autorités de la concurrence, qu'elles soient nationales ou européennes – on supprime les commissions interbancaires mises en place pour permettre le fonctionnement des systèmes de paiement, cela n'aura pour seul effet que de bénéficier directement aux banques dont les clients réalisent les paiements unitaires les moins nombreux et de plus gros montant, et de peser sur celles dont les clients effectuent de très nombreux paiements de faible montant unitaire. On aura ainsi un transfert direct de charges qui seront

7. V. notamment son ouvrage « Denationalisation of Money », Institute of Economic Affairs, 1990.

8. C'est ce qui a amené P. Nasse à constater l'échec de cette approche, même s'il n'en a pas pour autant perçu la cause : « Le juge de la concurrence, conduit à un rôle de régulateur sectoriel, cherche à simuler une règle de vente à prix proches du coût marginal, règle qui n'apparaît pas pertinente en l'espèce. » (Concurrences, n° 1, 2007, point 24).

9. Cf. les analyses de J. Robinson, in « Hérésies économiques », Calmann-Lévy, 1972.

10. « On dit qu'un marché est "constatable" lorsque les barrières à l'entrée, quelle qu'en soit l'origine – qu'elles résultent de décisions officielles, des pratiques privées ou des caractéristiques structurelles du marché –, sont suffisamment faibles pour que les vendeurs (offreurs) soient obligés de fixer leurs prix au niveau de leur coût moyen minimum. La contestabilité implique donc que les prix soient ceux qui seraient pratiqués sur un marché de concurrence parfaite en longue période. [...] Au cœur de la théorie de la contestabilité, il y a l'hypothèse que, même si, dans les faits, le nombre réel de vendeurs sur un marché donné peut être limité sur un marché contestable, le nombre de vendeurs est virtuellement illimité. Sur un marché contestable, si les vendeurs existants décidaient de fixer leur prix au-dessus de leur coût moyen, il se créerait une rente qui inciterait les vendeurs potentiels à entrer en lice. » (E.M. Graham et R.Z. Lawrence, « Measuring the international contestability of markets. A conceptual approach », *Journal of world trade*, cité in *Problèmes économiques*, n° 2534, 17 sept. 1997).

nécessairement supportées par les clients des banques qui effectuent ces très nombreux paiements de faible montant unitaire : les consommateurs !

Sans compter, par exemple, que ce que les banques facturent aux grands distributeurs, pour l'usage des cartes bancaires, n'est ni le seul coût du paiement lui-même ni le coût plus large de la seule circulation scripturale, mais également le coût de la sécurité du paiement¹¹.

Si, dans un raisonnement économique déconnecté de toute réalité, on considère que les « grands distributeurs » n'ont pas plus de pouvoir de négociation que les consommateurs et que les consommateurs peuvent donc librement discuter avec les « grands distributeurs » le prix des produits de première nécessité, il est indifférent de faire peser sur l'un ou sur l'autre le coût de la transaction. Si l'un comme l'autre disposent vis-à-vis de sa propre banque du même pouvoir de négociation, il est indifférent que la banque tirée ou la banque présentatrice, que la banque du débiteur ou que celle du créancier supporte plus ou moins de frais dans la réalisation d'une opération de paiement. Mais si ce n'est pas le cas il existe un risque d'un fort déséquilibre que la seule loi du marché conduit à faire supporter au plus faible, lequel se trouve ainsi livré entre les mains du plus fort. C'est bien pourquoi les autorités de la concurrence – qu'elles soient nationales ou européennes – ne doivent pas se laisser instrumentaliser par les plus puissants des opérateurs de marché (la « grande distribution ») dont les pouvoirs oligopolistiques sont particulièrement forts.

Indépendamment de cet aspect économique du problème, une telle position irait à l'encontre de la volonté du législateur. En effet, celui-ci, afin de protéger le consommateur reconnu plus faible, a décidé d'interdire aux banques de leur faire supporter tout ou partie du coût de l'usage des instruments de paiement, notamment des chèques. Dès lors, en portant plainte contre les banques accusées de leur faire supporter des coûts qui « devraient » être à la charge du consommateur, les « grands distributeurs » prennent lesdites banques en otage¹².

Comme le législateur n'a pas changé de position, et considère toujours qu'à l'instar de la circulation fiduciaire l'usage d'un instrument de paiement scriptural doit être gratuit – sauf naturellement paiement du coût d'un produit ou service associé –, toute autorité de la concurrence qui se prête au jeu de la « grande distribu-

tion » impose aux banques un manque de transparence ; car il faudra bien faire porter le coût de ces paiements sur les clients... mais sans tenir compte de l'usage qu'ils en font et sans relier aucun de ces coûts au moindre service rendu. Or, ces coûts incluent aussi, insidieusement, celui de la transformation de la monnaie scripturale en actif rémunéré au profit exclusif de la « grande distribution » et celui de la gestion de ces avoirs.

2 – Le pouvoir de marché du consommateur face à celui de la grande distribution¹³

Les consommateurs seront donc ainsi « taxés » par leur banque pour l'usage fait par eux-mêmes ou d'autres des divers instruments de paiement et, en plus, des coûts de transformation permettant à la « grande distribution » de convertir la monnaie reçue en capital productif.

En fait, la gratuité des instruments de paiement pour le consommateur n'est pas le résultat d'un texte juridique de circonstance pris pour une raison politique ou sociale. Elle résulte d'une analyse économique générale qui remonte à Aristote et qui confie à la monnaie au moins deux fonctions : celle d'instrument de mesure (de la valeur) et celle d'instrument de paiement (contrepartie universelle de l'échange). Cette analyse a été développée par Galiani au XVIII^e siècle dans la théorie selon laquelle la monnaie est le compteur des créances que chaque citoyen détient sur la société¹⁴. Si l'on retient cette théorie, il paraît normal que le consommateur n'ait rien à payer pour utiliser un moyen ou un instrument de paiement, autrement dit pour mobiliser sa créance sur la société ; à l'inverse il n'est pas illogique que le créancier supporte le coût de la circulation monétaire, c'est-à-dire le coût d'acquisition d'une nouvelle créance sur la société.

Cette théorie a cependant été inconsciemment remise en cause récemment par les micro-économistes qui ont réduit la monnaie au rang de simple marchandise dans une optique purement mercantile, voire spéculative. Ils ont oublié que la monnaie, selon l'analyse de Sim-

13. Selon le rapport d'É. Besson, publié par la Documentation française, « la part du prix consommateur absorbé par la distribution passe de 26 à 36 % entre 1998 et 2007 ». À combien sera-t-elle demain ?

14. « Adam Smith présentait la monnaie à partir du troc, comme marchandise facilitant les échanges du fait qu'elle est universellement acceptée. Ferdinando Galiani a eu la plume plus heureuse : en 1751, il écrivit un bref traité « Della moneta » où il montre à ses lecteurs que dans une communauté d'une certaine taille il est nécessaire d'inciter chacun à produire – à produire non pas n'importe quoi, mais ce qui rend service aux autres – et d'éviter que certains n'accaparent trop de ce que produit autrui. L'organisation monétaire de la division du travail et des rapports entre les hommes, pour Galiani, consiste à associer un nombre à la contribution de chaque agent et de l'autoriser à profiter de ce que produisent les autres dans la limite posée par ce nombre représentatif de ce qu'il a lui-même fourni. Une telle organisation n'est pas fondée sur un équivalent universel matériel, mais sur la numération : chacun dispose d'une sorte de compteur qui est débité lorsqu'il bénéficie de la production d'autrui, et crédité lorsqu'un autre agent a recours à ses services ou aux objets fabriqués par lui. Les monnaies métalliques, les plus utilisées à l'époque de Galiani que de nos jours, servent simplement à doter chaque agent d'une sorte de compteur matériel relativement difficile à falsifier – ce point a son importance, la tricherie, dont le faux monnayage n'est qu'une variété rustique, était l'ennemi juré du système de compteurs monétaires. [...] Avant d'être moyen d'échange, une mesure de la valeur ou une technique de conservation de la valeur, la monnaie est un instrument de contrôle mutuel. Être membre d'une société monétarisée, c'est à la fois faire l'objet d'un contrôle permanent, et être contrôleur en de multiples occasions. La monnaie est fondamentalement un instrument de surveillance des actions humaines. » (J. Bichot).

11. Dès lors, en voulant interdire la règle dite de « non-discrimination », la Commission en vient à autoriser les commerçants à répercuter sur leurs propres clients le coût de leur défiance à l'encontre de ceux-ci. Ainsi, c'est bien la première assurance dont la prime n'est pas supportée par l'assuré !

12. D'autant que si la grande distribution obtient de l'Autorité de la concurrence la condamnation des banques sur le fondement de l'entente, elle ne manquera pas de se référer à la jurisprudence de la Cour de Justice des communautés européennes en date du 13 juillet 2006 (aff. Jointes, C-295/04 à 298/04) pour demander réparation du « préjudice » subi. Selon cette jurisprudence, en effet, « l'article 81 CE doit être interprété en ce sens que toute personne est en droit de faire valoir la nullité d'une entente ou d'une pratique interdite par cet article et, lorsqu'il existe un lien de causalité entre celle-ci et le préjudice subi, de demander réparation dudit préjudice ».

mel, est le symbole d'une communauté solidaire¹⁵. Car, « derrière l'équivalent général entre les choses que rend possible cette chose énigmatique, se dissimulent le principe et les valeurs régissant les relations entre les hommes »¹⁶.

Quant aux petits commerçants, ils seront eux aussi victimes d'une véritable concurrence déloyale. Ils ne pourront, en effet, ni bénéficier des conditions privilégiées accordées à ceux qui peuvent faire circuler d'énormes masses financières ni imposer aux banques qu'elles organisent leur propre système informatique de façon à leur faciliter leur gestion financière. En effet, les représentants des entreprises du commerce et de la distribution estiment aussi que ce système ne leur permet pas d'accroître l'avantage concurrentiel que les volumes¹⁷ qu'ils traitent devraient leur procurer vis-à-vis du petit commerce. Or, comme ils ne peuvent pas attaquer frontalement ces deux objectifs, car il leur est difficile de dire qu'ils veulent faire supporter aux consommateurs le coût direct de l'usage des moyens et instruments de paiement et qu'ils veulent que le petit commerce paye plus cher l'usage de ces moyens et instruments, ils s'en prennent aux intermédiaires : les banques. Dans son avis n° 09-A-35 du 26 juin 2009 relatif au projet d'ordonnance pour la transposition en droit français de la directive sur les services de paiement¹⁸, l'Autorité de la concurrence a rappelé que la Commission européenne reproche à la commission interbancaire multilatérale d'être « due pour chaque opération » et de ne bénéficier « d'aucun effet d'échelle, et la part qu'elle occupe dans le prix facturé au commerçant par la banque reste donc fixe, quel que soit le volume d'opérations du commerçant »¹⁹.

L'interdiction des « commissions » interbancaires est encore anti-économique pour une autre raison. Sauf à rendre payant, pour tous les débiteurs, l'usage de tous les instruments de paiement, elle conduit à ne pas répartir équitablement entre tous les acteurs bancaires leur coût, favorisant indirectement ainsi ceux qui sont les plus rentables pour les banques des créanciers au détriment de ceux qui sont les plus rentables pour l'ensemble de l'économie.

15. In « Philosophie de l'argent », PUF, 1948.

16. M. Cuillerai, « Spéculation, éthique, confiance », Payot, 2009, p. 117.

17. C'est donc que la grande distribution considère que le traitement des instruments de paiement obéit à la loi des rendements décroissants, dans les mêmes conditions pour les établissements bancaires débités et pour les établissements crédités. Deuxièmement, elle récuse la position des pouvoirs publics français qui veulent pourtant maintenir la gratuité de l'accès aux instruments de paiement pour le consommateur et le caractère de lien social de la monnaie, de toute monnaie.

18. Cette notion de « service de paiement » qui vient désormais se substituer à la notion d'« instrument de paiement » présente deux inconvénients majeurs : le premier est de laisser entendre que l'on a rompu le lien nécessaire entre le compte de dépôt et les instruments qui permettent de le faire fonctionner ; le second, que les établissements sont donc désormais libres d'offrir ou de ne pas offrir tel ou tel type de service qui perd ainsi de son universalité. On cherche donc à instaurer artificiellement une concurrence entre les divers « services » de paiement. Mais, en perdant son caractère d'« instrument de paiement » la monnaie perd aussi son caractère de « lien social » pour devenir un instrument de pouvoir au bénéfice du plus fort, d'un point de vue économique.

19. Dans cet avis, l'Autorité de la concurrence rappelle aussi que, pour elle, « les systèmes des commissions interbancaires multilatérales ont pour conséquence de restreindre la concurrence entre les banques acquéreuses, en gonflant la base sur laquelle ces dernières se fondent pour fixer les frais imputés aux commerçants, et revient ainsi à établir un niveau plancher pour ces derniers... ».

C – LE RÔLE SOCIAL DE L'ACCÈS À LA CIRCULATION MONÉTAIRE

1 – La gratuité du chèque

Il s'agit là d'une question fondamentale : la loi qui impose aux banques de mettre gratuitement à la disposition de ses clients des formules de chèque ne constitue-t-elle pas, en soi, une atteinte au droit de la concurrence ? En effet, sa mise en jeu vient biaiser l'indicateur économique que constitue le prix sur un marché libre et concurrentiel. Elle conduit donc à un plus grand usage du chèque que celui auquel on aboutirait si les banques étaient libres d'en facturer la mise à disposition et l'usage. Mais, si les banques étaient libres de facturer les instruments de paiement qu'elles mettent à la disposition de leur clientèle pour faire circuler la monnaie scripturale, celle-ci risquerait de disparaître des circuits au profit de la monnaie fiduciaire²⁰, ce que ne souhaitent ni le gouvernement²¹ dans le cadre de sa lutte contre le blanchiment, ni la « grande distribution » qui se trouverait alors confrontée à des frais de manipulation, traitement, sécurisation et transformation en actifs financiers rémunérables.

En fait, si la « grande distribution » a attendu jusqu'à maintenant pour s'en prendre à un système qui existait avant même qu'elle apparaisse, c'est parce qu'elle pense que l'usage des instruments scripturaux modernes est suffisamment ancré dans les habitudes des consommateurs pour que le retour à un usage généralisé de la monnaie fiduciaire ne soit pas à redouter. Elle espère aussi que le gouvernement n'acceptera pas le retour vers un usage trop important de la monnaie fiduciaire, au nom de la lutte contre le blanchiment et contre la fraude fiscale. Mais une lecture des statistiques publiées par la Banque de France devrait pourtant donner à réfléchir : au sein des dépôts à vue (M1) de la zone euro, « la baisse du taux de croissance annuel des dépôts à vue (1,4 % après 3,2 %) a été pour une bonne part contrebalancée par la reprise du développement de la circulation fiduciaire (13,4 %, après 8,1 % pour les billets et pièces) »²². En fait même, de décembre 2005 à décembre 2009, la masse fiduciaire a augmenté en Europe de plus de 36 % alors que les dépôts à vue n'ont progressé que de moins de 12 %.

Si l'on en reste aux seuls instruments de paiement qui permettent à la monnaie scripturale de circuler, il faut encore se demander quel est celui qui est économiquement le plus efficient ; est-ce vraiment celui dont l'usage

20. Une monnaie n'est utilisée qu'en vertu de « son acceptabilité postulée par autrui. Mais autrui n'est pas un partenaire connu dans un échange bien défini. C'est l'ensemble anonyme de tous les partenaires potentiels de l'échange, sur une durée déterminée. La confiance dans la monnaie n'est rien d'autre que la croyance dans la pérennité des économies marchandes fondées sur le paiement et le règlement des dettes. Ainsi, la monnaie n'est-elle pas l'objet d'un contrat entre agents privés. C'est une relation entre chaque agent et l'ensemble de la société, c'est donc un bien collectif. » (P. Deusy-Fournier, in « De Pecunia », vol. VIII, n° 1, mars 1997, p. 40).

21. En vertu de la loi n° 90-55 du 15 janvier 1990, le paiement par chèque est obligatoire pour le financement des campagnes électorales.

22. Bulletin trimestriel de la Banque de France, 1^{er} trim. 2009, p. 50.

paraît le moins onéreux²³? Peut-on vraiment assimiler l'efficacité économique globale avec usage le moins onéreux pour un seul des participants à l'échange (en l'occurrence le commerçant)? Ne risquerait-on pas, en assimilant l'efficacité macroéconomique et l'avantage financier microéconomique d'un type particulier d'agents, de faire apparaître une nouvelle loi de Gresham appliquée non à la monnaie elle-même mais aux instruments de paiement? Il semble en effet que l'instrument le moins onéreux pour le commerçant pourrait être celui dont l'usage est le moins sûr pour le consommateur. Il pourrait aussi ne pas être le plus approprié à une surveillance de la circulation monétaire par les autorités de tutelle.

L'on ne s'étonne pas qu'un « conseil » de la « grande distribution », la société B-finance, soit parti en guerre contre les commissions interbancaires que les banques souhaitent mettre en œuvre pour faire fonctionner le nouveau prélèvement européen, souvent présenté sous l'expression « débit direct », expliquant : « Ce système n'est pas utile pour développer le prélèvement SEPA²⁴, dans la mesure où les grands facturiers peuvent très bien adopter des mécanismes incitatifs pour orienter la clientèle vers ce nouveau moyen de paiement »²⁵. Qu'au regard des autres droits (droit de la consommation mais aussi droit civil) ce soit un système plus discuté, personne ne le conteste, mais cette considération n'a pas d'incidence sur le droit de la concurrence, ne doit pas en avoir. Pourtant, un « débit direct », surtout lorsqu'aucun avis de prélèvement n'est préalablement adressé à la banque qui tient le compte de dépôt du débiteur, ne peut pas être assimilé à une restitution, même indirecte, des fonds entre les mains du déposant. Socialement, il met le consommateur-débiteur en situation de dépendance vis-à-vis des entreprises créancières. Et aucun palliatif, adopté au titre du droit de la consommation ne modifie fondamentalement la nature réelle de ce nouveau déséquilibre artificiellement imposé.

Ce dispositif ne vient d'ailleurs que compléter les textes qui imposent, dans l'Union européenne, la primauté de la loi du « pays d'origine » sur la loi du « pays de destination », c'est-à-dire la loi du pays du distributeur sur la loi du pays du consommateur²⁶. Les obligations

nouvelles qui seront mises à la charge des banques, de restituer aux consommateurs les sommes abusivement prélevées et donc de rétablir leur compte, ne changeront rien au fond de l'affaire.

2 – Le coût social de l'usage des instruments de paiement

La société B-finance a annoncé, le 4 juin 2009, la création de l'Association pour la défense des utilisateurs des moyens de paiement européens (ADUMPE), créée à l'instigation du responsable des services financiers de Leroy Merlin (groupe Auchan). Cette association créée par le grand commerce considère que la principale catégorie de personnes à défendre dans l'utilisation des moyens de paiement est celle qui regroupe exclusivement les acteurs de la grande distribution. En effet, son objet est « l'étude, le suivi et l'observation de l'ensemble des moyens de paiement et des principes ou processus de facturation qui leur sont appliqués, en particulier les commissions interbancaires, dans le but de protéger et préserver les intérêts des utilisateurs ». Véritable machine de guerre contre les commissions interbancaires, elle a pour but de faire baisser les coûts de ces moyens pour les « utilisateurs »... Ce terme, volontairement neutre, n'a été utilisé que pour entretenir une certaine ambiguïté²⁷. Car, les « utilisateurs » des instruments de paiement sont d'abord les débiteurs avant d'être les créanciers, d'abord les consommateurs avant d'être la « grande distribution », or ces moyens sont gratuits pour les consommateurs ! Ils n'ont donc pas besoin d'être « défendus » sur ce plan. C'est bien pourquoi, seuls peuvent adhérer à l'association les « utilisateurs » de « moyens de paiement européens dématérialisés » qui présentent individuellement « un volume significatif, c'est-à-dire au moins supérieur à 0,5 % de l'un quelconque de ces moyens de paiement en France »²⁸. Ce sont donc bien les fournisseurs, et au premier rang les grands distributeurs – car aucun petit commerçant ne peut prétendre, à lui seul, être l'utilisateur de 0,5 % de l'un quelconque des moyens de paiement en France –, que l'association considère devoir défendre. Cela conduit à recommander de faire facturer directement par les banques « le service de prélèvement au consommateur

23. D. Bounie, dans son étude sur « Le rôle des instruments de paiement dans l'économie » (Horizons bancaires, juin 2009, p. 12), attire l'attention sur le fait que « le coût social des espèces s'élève à 75 % environ du coût social total des paiements aux points de vente ». Il ajoute (p. 13) : « Deux études conduites par les banques centrales de Belgique (2004) et des Pays-Bas montrent par exemple que les pièces et les billets sont les instruments de paiement les plus coûteux socialement. Plus précisément, les études montrent que 73 % et 75 % des coûts totaux des paiements aux points de vente, évalués à plus d'un demi-point de PIB, sont imputables aux pièces et aux billets et que les instruments les moins coûteux sont le porte-monnaie électronique et la carte de débit. » En comparaison, les paiements en espèces ne représentaient alors que moins de 4 % de l'ensemble des paiements.

24. Single Euro Payments Area.

25. www.bfinance.fr/content/view/full/10788/1000011, cité dans Les Échos, 4 avril 2005.

26. Cette primauté de la loi du pays d'origine sur la loi du pays de destination repose essentiellement sur le fait que les entreprises ne peuvent pas connaître les spécificités de tous les pays; que satisfaire aux obligations spécifiques de chaque pays (comme par exemple écrire en italien sur les canettes de boisson vendues en Italie qu'elles doivent être essuyées avant usage) serait trop onéreux et constituerait dès lors une barrière à

l'entrée pour le pays qui s'en prévaudrait. En vertu de l'arrêt « Cassis de Dijon », dès qu'un produit a été agréé dans un État membre, les autres États membres doivent donc le laisser librement entrer. Il faut dit-on que le consommateur puisse avoir accès à n'importe quel produit mis au point et vendu par n'importe quelle entreprise implantée en n'importe quel point de l'Union européenne. Qu'il ne sache pas exactement de quoi il est composé importe peu. Il a été agréé par une autorité quelconque. Le consommateur est suffisamment protégé par cet agrément, le code de la consommation de leur État et les indications normalisées (Exxx) qui figurent sur l'emballage.

27. L'expression « utilisateur de service de paiement » – et non l'expression « utilisateur de moyen de paiement » – est entrée dans le droit français avec l'ordonnance n° 2009-866 du 15 juillet 2009, relative aux conditions régissant la fourniture de services de paiement et portant création des établissements de paiement. Ce terme désigne aussi bien le « payeur » que le « payé ». C'est cette même ordonnance qui a décidé qu'« une opération de paiement est une action consistant à verser, transférer ou retirer des fonds, indépendamment de toute obligation sous-jacente entre le payeur et le bénéficiaire, ordonnée par le payeur ou le bénéficiaire », portant ainsi atteinte à la notion de cause du droit civil français.

28. X. de Lavit, président de l'Adumpe, responsable des services financiers de Leroy-Merlin, in Banque des entreprises, n° 210 / 211, juillet-août 2009, p. 4.

final, à charge pour lui (sic) de se faire accorder une réduction de tarif pour avoir accepté d'être débité »²⁹ !

Lorsque la Fédération du Commerce et de la Distribution refuse que ses adhérents supportent, en tout ou en partie, le coût de quelque commission interbancaire que ce soit, cela signifie qu'elle refuse de faire supporter par le grand commerce le coût de la circulation monétaire. Cela revient donc à dire que ce coût doit être supporté totalement et exclusivement par le consommateur final. En faisant semblant de lutter contre les banques la FCD cherche donc aussi à transférer, discrètement, sur le consommateur le coût de la transformation de l'encaisse monétaire des grands commerçants en actifs financiers rémunérés et le coût de la sécurisation, tant de ces actifs financiers que des actifs monétaires. Ce faisant, la FCD inverse la relation fondamentale entre les biens et la monnaie qui sert de fondement au lien social et déplace le centre de gravité de toute société : à la relation bien-monnaie-bien, qui relie le producteur au consommateur, elle substitue la relation monnaie-bien-monnaie qui est exclusivement centrée sur l'intermédiaire et prend en otages aussi bien le consommateur que le producteur.

Mais si le législateur persiste dans sa volonté de maintenir gratuit le plus possible l'accès aux moyens et instruments de paiement il ne restera plus aux banques (de détail) que la solution d'englober le coût de ces opérations dans le prix d'autres services, ce qui ira à l'encontre de la transparence.

Pour permettre à tout consommateur de choisir librement l'instrument de paiement adapté à tel besoin particulier, il faut aussi que le prix facturé au bénéficiaire pour le service du transport du moyen de paiement n'induisse pas une discrimination. Or, ce transport du moyen de paiement, qui découle directement du choix de l'instrument, n'entre pas dans le processus de ce choix. Comme l'explique le professeur F. Grua, il existe principalement « deux manières pour le déposant d'utiliser sa créance³⁰ pour payer les tiers. Il peut d'abord la céder. Alors, c'est une créance qui change de titulaire. Le tiers cessionnaire est investi du droit de réclamer paiement au banquier. Mais le déposant peut aussi demander au banquier de transférer les espèces à un tiers qu'il lui indique. Alors, ce sont les fonds qui changent de mains. Le tiers n'est investi d'aucun droit sur le banquier dépositaire. Son rôle se borne à recevoir les fonds qui lui sont adressés »³¹. Or, cette différence de processus ne doit pas entraîner de discrimination entre les divers instruments de paiement. Cela n'est possible que parce que « la monnaie n'est équivalente à rien... La monnaie n'éteint pas la dette par voie d'égalité, mais par voie d'autorité »³².

29. Car, comme chacun le sait, le pouvoir de négociation du particulier est aussi important que celui de la grande surface de distribution ! Les prix sont librement négociés lors du passage en caisse, client par client !

30. Le solde de son compte en banque.

31. Dalloz, 16 juillet 1998, chron. p. 260.

32. F. Grua, id.

D – LES EFFETS PERVERS D'UNE MAUVAISE ANALYSE ÉCONOMIQUE

1 – L'atteinte au rôle de la monnaie comme instrument de mesure de la valeur

La question des commissions multilatérales interbancaires rejoint, ainsi que l'a bien vu l'Autorité de la concurrence dans son avis n° 09-A-35 du 26 juin 2009, celles de la « règle de non-discrimination »³³, de la « règle d'acceptation de toutes les cartes »³⁴ et de la règle du « prix moyen unique »³⁵. Ces trois règles ont pour but d'empêcher le grand commerce d'induire une discrimination dans l'usage des instruments de paiement et de maintenir la neutralité de la monnaie chère à Wickse, quelle que soit la forme que revête cette monnaie. Mais, en voulant ainsi faire échapper la police des paiements aux banques, dont les intérêts sont divergents³⁶ (chaque banque étant alternativement créditrice et débitrice de l'obligation de paiement), pour la transférer aux établissements de la grande distribution dont les intérêts sont strictement parallèles (tous les commerçants étant bénéficiaires des paiements), l'Autorité de la concurrence non seulement conduit à faire disparaître la neutralité de la monnaie, mais encore porte directement atteinte à la transparence et à l'efficacité économique.

Subsidiairement, la suppression de ces trois règles contribuerait encore un peu plus à déconnecter l'indice des prix calculé par l'Insee de celui concrètement perçu par les consommateurs. En effet, supposons par exemple que deux commerçants vendent chacun le même produit au même prix facial, mais qu'ils n'ont pas la même « politique » en matière d'acceptation des instruments de paiement. Le premier majore le prix de base de 1 % pour tout paiement par carte et de 2 % s'il est payé par chèque, mais il accorde une ristourne de 3 % si le débiteur accepte de lui donner son numéro de compte, de façon à lui permettre de procéder par un « débit direct

33. En anglais "No surcharge Rule" ou "No discrimination Rule". Cette règle impose au commerçant de facturer le même prix au client quel que soit l'instrument ou le moyen de paiement choisi.

34. En anglais, "Honour All Cards Rule" ou "HACR". Cette règle impose aux commerçants d'accepter toutes les cartes émanant d'un même système de paiement.

35. En anglais, "Blending". Cette règle impose aux commerçants d'accepter de payer à sa banque, pour l'usage des cartes un prix moyen identique, quelle que soit la proportion des diverses cartes utilisées par leurs clients pour régler leurs dépenses.

36. Dans cet avis, au point 106, l'Autorité de la concurrence affirme : « Il existe une présomption que les banques fixent collectivement des commissions trop élevées par rapport au niveau optimal », alors qu'elles ont des intérêts opposés. Pour résoudre ce paradoxe, l'Autorité de la concurrence poursuit en affirmant que les banques s'entendent pour profiter « de ce que les commerçants, sur lesquels lesdites commissions sont répercutées, ne pourraient pas refuser certaines cartes ». Comme si les commerçants n'avaient aucun pouvoir de marché face aux banques [faut-il rappeler que les commerçants de la grande distribution ont tous des filiales bancaires captives?]. Ces commerçants sont décidément bien à plaindre puisqu'ils n'ont aucun pouvoir face aux banques et qu'ils n'en ont pas plus face aux consommateurs. C'est pourquoi l'Autorité de la concurrence conclut ce point en affirmant : « Les commerçants se trouvent ainsi pris dans un "dilemme du prisonnier", qui explique leur faible "résistance" face à des tarifs bancaires élevés ! » Elle ajoute, au point 107, « la crainte de perdre des clients pousse aussi les commerçants à accepter des moyens de paiement même lorsqu'ils sont coûteux pour eux ».

SEPA ». Le second refuse les paiements par chèque (trop peu sûrs) et les paiements par carte (trop onéreux), mais vend toujours son produit au prix facial. On peut imaginer un troisième commerçant qui n'accepterait pas les chèques mais qui prendrait les cartes en majorant alors le prix facial de 0,5 % ; etc.

D'autant que, si l'on pousse la logique jusqu'au bout, on doit considérer que tous les établissements bancaires ne présentent pas la même solidité et que donc les commerçants devraient aussi discriminer leurs prix de vente, en fonction de la confiance qu'ils auraient dans la solvabilité et la liquidité de la banque tenant le compte de dépôt de leurs clients. Les quantités échangées ne seraient plus une fonction du prix : $Q = f(P)$. Elles deviendraient une fonction complexe des prix des produits eux-mêmes, mais aussi des instruments de paiement utilisés : $Q = f[P + g(p)]$. Dans cette expression P est le prix intrinsèque du produit, objet de l'échange marchand et p celui de l'instrument de paiement utilisé pour le payer.

Il n'y aurait donc désormais plus « un seul prix sur un même marché »³⁷ comme le voulait Stuart Mill. Comment le consommateur pourra-t-il vraiment s'y retrouver ? Pour lui, il ne pourra plus jamais y avoir d'« information parfaite ». Une autre chose est sûre : il ne pourra plus y avoir aucune concordance entre le prix apparent du produit perçu par le consommateur et le prix réel intrinsèque pris en compte dans les indices. Et la monnaie ne pourra plus jouer son rôle de « lien social ». Les instruments de paiement eux-mêmes ne seront que des instruments imparfaits puisqu'ils ne feront plus l'objet d'une acceptation universelle.

Rappelons que Hayek avait effectivement accepté d'entrer dans cette logique, mais il en avait aussi conclu que ce système imposait de laisser les banques faire faillite. La monnaie devenait ainsi un « bien économique », comme un autre, mais perdait par le fait même son caractère de « lien social ». Le caractère de « lien social » est en effet incompatible avec les lois qui régissent un « bien économique ».

2 – Le besoin de transaction du consommateur face au besoin de spéculation de la grande distribution

Si la trésorerie des consommateurs a bien comme but premier de leur permettre de faire face à leurs besoins de transaction (monnaie, instrument d'échange³⁸), celle des grands distributeurs est essentiellement utilisée à des fins de rentabilité financière (monnaie, instrument de réserve de valeur³⁹). Dans le cadre d'une analyse

socio-économique, s'appuyant sur des concepts keynésiens, on peut donc affirmer que dans l'acte de paiement d'un achat dans le grand commerce si le consommateur est mu par un motif de transaction la grande distribution est, quant à elle, exclusivement mue par un motif de spéculation⁴⁰. Or, selon G. Soros, « le seul but du spéculateur est de s'enrichir personnellement et non d'enrichir la société »⁴¹. Quant à Schumpeter, il pensait que toute opération de nature spéculative nuisait à l'« efficience » de la monnaie.

De plus, si lorsqu'un marché est dominé par des acteurs qui obéissent à un besoin de transaction, le prix d'équilibre s'établit au niveau le plus bas qui soit acceptable pour le vendeur, lorsqu'il est dominé par des acteurs qui obéissent à un besoin de spéculation, il n'y a pas de prix d'équilibre. En effet, le prix résulte alors de ce que les acteurs anticipent, c'est-à-dire de ce qu'ils pensent de l'évolution future de la valeur des biens qu'ils échangent. Que cette évolution future soit spontanée ou qu'elle résulte de l'influence d'un acteur particulier ou d'un ensemble d'acteurs.

Dans son ouvrage, *Les systèmes de paiement*⁴², D. Rambure, qui fut le fondateur du premier système de paiement en monnaie européenne, l'ABE (ou Association bancaire pour l'euro, créée en 1985), a montré quelle était la hiérarchie des préférences des divers agents économiques intéressés par un système de paiement. Selon lui, les particuliers qui « manipulent généralement des opérations de faibles montants [...] sont avant tout sensibles aux coûts de transaction. Si ceux-ci sont trop élevés, ils détournent les particuliers de l'utilisation des moyens de paiement⁴³ scripturaux qui transitent par des systèmes de paiement et les incitent à recourir à des paiements en espèces ». Les petites et moyennes entreprises « qui ont relativement peu de transactions et travaillent avec des marges d'exploitation faibles » sont aussi très sensibles aux coûts de transaction qui « peuvent se révéler dissuasifs ». Les grandes entreprises, qui ont des règlements de gros montants ou de très nombreuses opérations, sont « particulièrement sensibles aux délais de paiement afin d'éviter l'immobilisation de sommes importantes. Comme elles manipulent de nombreux règlements, ces entreprises sont également sensibles aux modes d'informatisation capables de réduire les coûts de traitement et d'améliorer la sécurité des opérations. Le coût des erreurs est en effet prohibitif ». Compte tenu des préférences de leurs clients, les banques commerciales « sont avant tout soucieuses de baisser les coûts de transaction en utilisant toutes les res-

K. Arrow).

37. Il est vrai que ce prix unique a disparu depuis longtemps du fait des promotions, ventes privées, ventes flash, ristournes et autres programmes de fidélisation...

38. Pour laquelle le prix d'équilibre qui permet d'égaliser l'offre et la demande sur tous les marchés est nul, comme l'a démontré G. Debreu. Pour L. von Mises, cette capacité à permettre les échanges est même la seule fonction de la monnaie. « Toutes les autres fonctions qu'on attribue à la monnaie ne sont que des aspects particuliers de sa fonction primaire et unique, celle de moyen d'échange. » (« Abrégé de l'Action humaine, traité d'économie », Les Belles Lettres, 2004, p. 95-96).

39. Pour laquelle le prix d'équilibre qui permet d'égaliser l'offre et la demande sur tous les marchés est positif. (cf. les travaux de G. Debreu et

40. La grande distribution n'est mue par aucun motif de revenu, au sens keynésien du terme puisque ce motif correspond au besoin des entreprises de détenir des disponibilités entre le moment où elle engage des dépenses de production et le moment où elle pourra vendre cette production. Keynes ajoute (« Théorie générale », Payot, 1966, p. 211) que ce motif de revenu est aussi celui qui pousse les négociants à détenir de l'argent pour combler l'intervalle entre le moment où ils achètent les produits et le moment où ils les revendent. Or, la grande distribution revend et encaisse les prix de vente avant d'avoir payé ses achats.

41. In L'Express, 24 octobre 1996.

42. *Economica*, 2005, p. 42 et s.

43. Au sens large.

sources de la technologie. Afin de partager les coûts d'investissement, elles recherchent des accords d'interopérabilité et d'interbancaireté ».

Enfin, la Banque centrale, parce qu'elle est « responsable du bon fonctionnement des systèmes de paiement et de la mise en œuvre de la politique de régulation de la masse monétaire », se préoccupe de la sécurité et de l'efficacité du système. En tant que superviseur, elle est « évidemment très attentive à ce que la place financière offre des conditions compétitives ». Aucun système de paiement n'est neutre. « Le mécanisme de la compensation réduit considérablement le volume des liquidités nécessaires pour assurer la finalisation des paiements. Il augmente la vitesse de circulation de la monnaie et diminue la demande de monnaie pour des motifs de transaction. En améliorant la réactivité de l'économie, le système de paiement permet à la politique monétaire d'obtenir le maximum d'effet sur les prix et les volumes (taux d'intérêt et masse monétaire) au moyen du minimum de création monétaire. Une banque centrale a recours à tous les instruments de marché compatibles avec sa politique monétaire. Encore faut-il disposer de systèmes de paiement efficaces, c'est-à-dire économiques, rapides et sûrs ».

Vouloir considérer les mécanismes présidant au fonctionnement du système des paiements comme néfastes à la concurrence, cela non seulement porte atteinte à la politique monétaire, mais encore revient à faire disparaître la nature de « moyen de coordination » de la monnaie au profit de celle de simple « bien » et, par contrecoup, cela revient à livrer les consommateurs aux pouvoirs des grands distributeurs qui n'auront même pas besoin de s'entendre pour leur imposer des facturations dont la finalité n'aura rien à voir avec l'efficacité économique.

De plus, permettre aux commerçants de facturer de façon discriminante l'usage des instruments de paiement revient à leur permettre de transférer sur le consommateur une partie du « prix » d'acquisition de leurs actifs financiers (de leur « capital »). Ceci est d'autant plus vrai que le modèle économique de la grande distribution repose sur la captation par celle-ci d'une trésorerie qui correspond au décalage entre le moment (immédiat) où le consommateur achète ses produits et le moment (ultérieur) où le commerçant règle ses fournisseurs. Le pouvoir de marché des grands distributeurs est en effet tel qu'ils peuvent vendre un produit et se le faire régler avant même de l'avoir eux-mêmes payé à leurs fournisseurs.

Du strict point de vue du droit de la concurrence, vouloir autoriser la « surfacturation » en fonction de l'instrument de paiement utilisé revient à considérer que tous ces instruments sont en concurrence les uns avec les autres, qu'ils sont substituables entre eux et que s'ils font l'objet d'un marché, ce marché est commun à tous.

Bien plus, d'un point de vue économique, la monnaie n'a pas d'autre prix que son pouvoir d'achat⁴⁴; vouloir facturer l'usage de certains instruments de paiement c'est à la fois leur dénier leur fonction première de participer au système monétaire et à l'inverse leur attribuer une « utilité économique » en soi, indépendante de tout paiement. C'est aussi une façon d'autoriser les commerçants à percevoir l'équivalent d'un « droit de seigneurage » ! ■

⁴⁴. Cf. les analyses de L. von Mises.

IV. UN SYSTÈME INTERBANCAIRE QUI N'EST PAS ASSIMILABLE À LA PLATE-FORME D'UN MARCHÉ BIFACE

A – L'INTERBANCARITÉ FONDEMENT D'UNE COOPÉRATION FONDÉE SUR LA CONFIANCE MUTUELLE

1 – L'interbancaire n'est pas réductible à une simple interopérabilité

L'interbancaire est la nécessité qu'ont les établissements de crédit de collaborer pour rendre ensemble, à la totalité de leurs clients, des services qu'aucun ne pourrait rendre seul. Cette coopération entre les banques « qui préserve et renforce la concurrence entre les banques sur les services et les tarifs, privilégie l'universalité des instruments et des systèmes d'échange, la définition des règles du jeu (conditions d'échange, délais de règlement des opérations, délais de rejet des impayés, règles de bon comportement en cas d'incident...), celle des dispositions et des dispositifs relatifs à la sécurité des moyens de paiement et de leur échange interbancaire, ainsi que la normalisation des procédures de télétransmission dans la relation banque / client »¹.

Dans une étude sur l'optimum économique de la tari-

fication de l'interbancaire, Jean-Charles Rochet a montré qu'« un service de transaction (que ce soit par carte, chèque ou autre moyen² de paiement) présente la caractéristique assez unique d'être utilisé conjointement par deux agents économiques (le commerçant et son client) et fourni conjointement par deux autres agents économiques (la banque du vendeur et celle de l'acheteur). Ce point fondamental [...] entraîne une nécessité de coopération entre banques »³. Et ce terme de « coopération », ainsi utilisé, est opposé à celui de « marché », car le marché suppose la compétition en vue de l'éviction du concurrent.

Il y a une différence de nature fondamentale entre l'interbancaire et la simple interopérabilité. L'interopérabilité n'est, en effet, que la possibilité qu'ont plusieurs systèmes de communiquer entre eux, sans passer par un intermédiaire qui les rende compatibles. L'interopérabilité peut donc être conçue par des concurrents qui poursuivent l'un et l'autre un objectif individuel de maximisation de leur activité économique. Si cette interopérabilité ne fonctionne pas, les agents économiques qui cherchent à la promouvoir peuvent cependant continuer, chacun sur son propre périmètre, à offrir la prestation de services concernée. En revanche, sans interbancaire, la prestation de service, unique, correspondante disparaît. Si l'interopérabilité relève du domaine de la standardisation, l'interbancaire est du domaine de la complémentarité. Dans l'interopérabilité, deux concurrents se donnent mutuellement accès à leur propre système, dans un but déterminé, limité ; de ce point de vue, il s'agit donc d'une compatibilité « orientée », organisée en vue d'une fin. Mais, encore une fois, chaque système interopérable se suffit à lui-même. Il est donc fondamentalement différent d'un système interbancaire qui suppose qu'aucun établissement ne peut assurer à lui seul le service envisagé. L'interbancaire

1. M. Morau, Bulletin de la Banque de France, n° 59, novembre 1998. Il poursuit : « En matière de service rendu au client, l'idée maîtresse de l'interbancaire est de faire en sorte que les instruments de paiement proposés soient utilisables par les porteurs sans considération de l'identité de la banque de leur contrepartie, et, au-delà, que le niveau de service proposé au débiteur et au créancier ayant leur compte dans deux banques différentes soit voisin de ce qu'il serait si les deux comptes étaient tenus dans un même établissement [...] ».

L'interbancaire, qui s'applique aussi bien aux systèmes d'échange qu'aux instruments, vise de manière générale, par des investissements collectifs de grande ampleur, à abaisser sur le long terme le coût de la gestion des moyens de paiement, encore globalement déficitaire en France, notamment du fait de la gratuité du chèque. Elle a, par exemple, permis la création d'un système national d'échange de paiements automatisés et a été la clé du succès de la carte en ouvrant, à partir de 1984, à tout porteur de carte bancaire émise en France l'ensemble des distributeurs de billets installés sur le territoire national et la possibilité de payer chez tous les commerçants affiliés, quels que soient leurs banquiers » ;

C'est pourquoi « la Banque de France considère que l'interbancaire est un élément déterminant de l'efficacité du système de paiement français et veille à la sauvegarde de ses principes de base, et notamment de :

- la préservation du caractère « universel » des instruments de paiement ;
- la mise en œuvre de règles communes, discutées collectivement, puis s'imposant à tous ;
- la préférence donnée aux circuits interbancaires, identifiés et contrôlés, par rapport aux accords bilatéraux ;
- l'accès ouvert et équitable aux systèmes d'échange, à travers une claire vision des rôles et responsabilités de chacun, participants directs ou sous-participants ».

2. À l'instar de la loi bancaire française de 1984, l'auteur ne distingue pas entre les moyens et les instruments de paiement.

3. Revue d'économie financière, n° 35, hiver 1995, p. 107.

n'a aucun effet restrictif sur aucun marché⁴ puisque, à l'inverse, elle crée un nouveau marché qui, sans elle, ne pourrait pas exister. C'est pourquoi, si l'interopérabilité peut relever du droit de la concurrence, l'interbancaire, quant à elle, relève du droit de la régulation et se trouve, à ce titre, soumise au contrôle de la Banque de France (C. mon. fin., art. L. 141-4).

Si un système interopérable peut éventuellement, dans certaines hypothèses, être considéré comme une « structure essentielle »⁵ que ceux (ou celui) qui l'ont (ou l'a) mise au point doivent (ou doit) mettre à la disposition de tous les concurrents potentiels afin qu'ils puissent eux aussi proposer le même service dans de bonnes conditions, un système interbancaire n'est jamais réductible à une simple « structure essentielle ». En effet, une « structure essentielle » est un système qui peut fonctionner sans que des concurrents ne l'utilisent ; elle donne ainsi un avantage concurrentiel à ceux qui y ont accès. Au sein de la « structure essentielle », les concurrents ne coopèrent pas ; chacun l'utilise de la même façon pour rendre (et vendre) la totalité du service. Un système interbancaire est, quant à lui, caractérisé par le fait que, nul ne pouvant rendre seul l'intégralité du service, les « concurrents » y coopèrent et y sont solidaires. Si un seul des « concurrents » n'y participe pas, c'est tout le système qui s'effondre. Tout système interbancaire est, par nature même, le fruit d'une coopération soli-

daire au service de l'intérêt économique général de la communauté. Ce qui différencie donc l'interbancaire d'une simple « structure essentielle », c'est la notion de réciprocité ; alors que cette notion est absente de la mise en œuvre de toute « structure essentielle », elle est le fondement même de l'interbancaire⁶.

Dans l'accès à un système interopérable, chaque concurrent cherche à tirer un avantage direct et immédiat de sa participation, ne fut-elle que partielle. Cet accès doit, par lui-même, être rentable. Et c'est bien cette rentabilité directe de l'accès au système qui constitue la raison même de la participation. Dans un système bancaire, il n'en est pas de même. C'est la globalité du mécanisme, c'est son efficacité macroéconomique qui présente une utilité pour la société. La participation de tous est nécessaire à l'équilibre du système mais la participation de chacun n'est pas en soi rentable ni même équilibrée. Aucun participant ne pourrait en retirer un quelconque bénéfice s'il n'avait pas en face de lui, globalement, tous les autres acteurs du système et, pour chaque opération individuelle ; un partenaire qu'il ne connaît pas a priori, qui ne tire pas forcément un avantage quelconque de l'opération considérée mais en qui il puisse avoir confiance. C'est bien ce qui peut le conduire à en supporter une partie du coût. Ce transfert interbancaire, nécessaire à l'équilibre global de la prestation, n'a aucune raison de générer une rente au profit de l'un quelconque des intervenants, sinon il y aurait toujours un « joueur » qui aurait un intérêt à accepter une commission un peu plus faible que les autres afin de capter un maximum de flux.

Il apparaît donc que, si deux concurrents veulent mettre en place des systèmes interopérables, du fait de l'expression de leur volonté commune et non parce que la situation technique l'exige, ils doivent développer des interfaces communes, ce qui conduit inéluctablement le plus performant à ne pas profiter pleinement de son pouvoir de marché... dans un but de se récupérer ailleurs. Cette politique est étrangère à tout système interbancaire puisque, dans ce cas, tous les établissements ont un intérêt commun, complémentaire, qui correspond à l'intérêt commun de leurs clients respectifs, intérêt né de rapports auxquels lesdits établissements bancaires sont étrangers. Dans la mise en place d'un mécanisme interbancaire, les établissements ne sont pas concurrents, ils ont des intérêts liés, complémentaires. Dès lors les charges de ce service commun doivent être réparties entre tous, indépendamment de ce que chacun des clients de l'un ou l'autre des partenaires peut ou est prêt à supporter individuellement. La répartition de cette charge entre

4. P. Gazé a tenté une première analyse critique de « L'interbancaire à la française » dans le numéro 165 de Banque Stratégie de novembre 1999. « L'interbancaire est une coopération de firmes qui sont par ailleurs en concurrence [...] ». La théorie économique montre que ce type de structure a peu de chances d'émerger. — Intuitivement, on comprend bien que les incitations privées pour mettre en commun des outils et des ressources vont s'avérer insuffisantes dès lors qu'elles ne produisent pas un avantage compétitif pour les firmes qui en sont à l'origine. — Et pourtant, l'interbancaire à la française existe bel et bien. Est-ce à dire que la réalité bancaire française échappe aux conjectures de la théorie économique ? La réponse est négative car le raisonnement qui sous-tend l'analyse ne vaut que dans un monde fictif dans lequel les prix sont égaux aux coûts marginaux. [...] On peut se poser la question de savoir si ce haut degré de coopération entre banques est désirable d'un point de vue collectif. [...] C'est l'idée que la coopération entre firmes, par ailleurs en compétition vis-à-vis d'une clientèle finale, présente quelques analogies avec le fonctionnement d'un cartel. L'existence des commissions interbancaires a pu renforcer ce sentiment que les banques « faisaient leurs affaires entre elles » et se présentaient face à leur clientèle finale dans une position de force. Sur la base de la tarification des services et du volume de transactions traitées, il nous semble très hasardeux de cautionner cette idée. Un pouvoir de monopole de réseau se traduirait mécaniquement par un rationnement des quantités traitées et par une tarification élevée. Or, on ne peut que dresser le constat d'un succès quantitatif de la monétique française qui s'accompagne d'un taux de commission commerçant parmi les plus faibles d'Europe. De plus l'analyse économique a fait depuis longtemps la preuve que la spécificité du paiement (qui met en présence quatre acteurs : le commerçant, le porteur et leur banque respective) implique l'existence d'un transfert interbancaire afin, justement, de ne pas conduire au rationnement des quantités de paiements traités. L'interbancaire telle qu'elle est pratiquée dans notre pays bride-t-elle l'innovation ? Il est certes inutile de rappeler que la France a été le premier pays à se doter d'une carte à puce...

Enfin, dernier point à évoquer pour discuter du caractère socialement désirable de l'interbancaire française, la question des effets de réseau. La monnaie et, par voie de conséquence, les moyens de paiement bénéficient d'effets de réseau. Les économistes veulent souligner par là l'idée selon laquelle l'utilité d'un moyen de paiement (au sens de la satisfaction que son détenteur en retire) dépend de son degré d'acceptabilité, sachant que celui-ci est déterminé par le nombre d'utilisateurs du moyen de paiement considéré. Au total chaque utilisateur d'un moyen de paiement bénéficie d'une externalité positive à mesure que le nombre d'utilisateurs de ce même moyen de paiement s'accroît.

5. C'est-à-dire une structure telle qu'« il n'existe pas d'alternatives viables pour les concurrents potentiels de l'entreprise commune, qui se trouvent, de ce fait, exclus du marché » (TPICE, 15 septembre 1998, aff. jointes T-374/94, T-375/94, T-384/94 et T-388/94).

6. Dans la mesure où, avec T. Penard, on appelle « bien système » tout bien « faisant appel à plusieurs composants dont aucun n'apporte d'utilité indépendamment des autres », alors il faut considérer que tout système interbancaire est « une structure essentielle de biens systèmes ». Cette « structure essentielle de biens systèmes » a une autre caractéristique spécifique, elle ne fait pas obligatoirement l'objet d'une appropriation (système de compensation). Enfin, cette « structure essentielle de biens systèmes » ne fournit directement aucun service au client final. Mais aucun service d'aucune sorte ne peut être rendu à un quelconque client final sans qu'un intermédiaire (la banque) ne passe par cette « structure essentielle de biens systèmes ».

les établissements complémentaires ne constitue donc pas le prix d'un service quelconque que l'un rendrait à l'autre, mais une condition de la mise en œuvre du service commun. L'efficacité économique qui en résulte a toutes les chances d'être maximale puisqu'elle ne dépend pas du jugement d'un seul type d'agents économiques ayant des comportements parallèles, mais de plusieurs ayant, au sein du mécanisme même, des intérêts opposés dans chaque opération élémentaire mais globalement indissociables. En outre, alors que l'interopérabilité peut être suppléée par une concurrence accrue, l'interbancaire ne peut être suppléée que par une intervention des pouvoirs publics qui imposent des règles du jeu, lesquelles ne sont pas obligatoirement dictées par des critères strictement économiques.

2 – Si l'interopérabilité suppose la concurrence, l'interbancaire nécessite une régulation

Si les opérations d'encaissement de chèque requièrent l'interbancaire, tout comme la réalisation des paiements par carte, les retraits d'espèces dans les automates bancaires sont des opérations plus complexes : si l'accès aux distributeurs automatiques de billets, d'une banque concurrente de celle qui a émis la carte, relève bien, techniquement, de l'interopérabilité, l'avance de trésorerie faite par la banque gestionnaire de l'automate à la banque du titulaire de la carte relève, en France, de l'interbancaire. Cela permet de mettre en avant une autre différence entre les deux : l'interopérabilité suppose simplement la réalisation d'une interface commune, d'un investissement réalisé une fois (même s'il est renouvelable, du fait de l'obsolescence des techniques notamment), alors que l'interbancaire suppose une relation de confiance permanente. Dans toute opération interbancaire, il n'est nullement question de rivaliser avec un concurrent, mais à l'inverse de s'entendre avec un partenaire sur lequel on doit pouvoir compter en toutes circonstances, autant que s'il s'agissait d'un autre soi-même. Cette coopération nécessaire ne saurait donc en aucun cas être assimilée à une opération de marché.

Si donc l'interopérabilité peut faire l'objet d'un contrôle d'une autorité de la concurrence, qui vérifie qu'aucun acteur ne profite de sa propre situation pour imposer aux autres agents économiques une charge abusive, l'interbancaire, quant à elle, ne peut relever que de la compétence d'une autorité de régulation⁷, éventuellement d'une « autorégulation ». En effet, le but même d'une régulation est de « construire et maintenir des organisations économiques non spontanées et non pérennes par leur seule force »⁸. Le fait qu'aucun texte n'ait expressément confié cette mission à une autorité quelconque de régulation n'a pas pour conséquence d'étendre – sans texte – le champ de compétence d'une autorité de concurrence⁹.

La Commission européenne, dans une décision du 8 septembre 1999, relative au Groupement des cartes bancaires¹⁰, semblait avoir pris en compte cette obligation de coopération des banques pour la mise en place d'un système de paiement et la fixation en commun de la répartition des frais : « D'un point de vue technique, un système uniforme de virements à communication structurée, c'est-à-dire un système de paiement que les créanciers et les débiteurs peuvent utiliser quelle que soit la banque où ils sont titulaires d'un compte, ne peut exister que s'il se fonde sur une base multilatérale bien établie. Ainsi, la conclusion d'accords collectifs, concernant les spécifications techniques et les aspects procéduraux du traitement des opérations, est nécessaire au bon fonctionnement du système. En outre, d'un point de vue pratique, il est nécessaire que les banques intervenant dans l'opération soient d'accord sur la répartition éventuelle des frais¹¹, c'est-à-dire retenir ou non le principe d'une compensation et, dans l'affirmative, en fixer le niveau. Compte tenu des caractéristiques inhérentes à un système de paiement tel que celui du virement à communication structurée, les négociations à ce sujet doivent de toute évidence être menées préalablement, c'est-à-dire avant que le système de paiement soit effectivement utilisé par les banques pour le traitement des opérations de paiement réalisées par leurs clients. En effet, tout système de paiement implique, par sa nature même, que, à partir du moment où l'opération de paiement est déclenchée, le débiteur et le créancier doivent avoir la certitude que l'opération est immédiatement exécutée par les banques concernées. Étant donné que le choix des banques qui exécutent l'opération est déterminé par leurs titulaires de compte respectifs qui utilisent le système, les banques deviennent en quelque sorte, à partir de ce moment, des partenaires obligés, en ce sens qu'elles ne peuvent faire autrement que de coopérer. Les négociations sur les prix ne sont de ce fait effectives que si elles ont lieu préalablement. Si les banques décident d'instaurer une commission interbancaire, l'accord sur le niveau de la commission peut en principe être bilatéral ou multilatéral »¹².

L'interbancaire, qu'elle soit obligatoire, en vertu de la loi, comme dans le cas de tout mécanisme de compensation ou organisée comme dans le cas des cartes bancaires, a été développée dans l'intérêt exclusif de tous les clients des banques. Dans ce cadre, les commissions interbancaires ne peuvent présenter qu'un caractère accessoire (mais néanmoins nécessaire) à ces

de la concurrence lorsque les éléments de base de celui-ci sont réunis (marché, offre, demande, prix) et du droit de la régulation lorsque les éléments de base de celui-ci sont réunis (secteur, organisation stable et automatisée, garantie et surveillance, tarification) ». Dans un article publié dans la *Revue Lamy de la concurrence* (avril-juin 2007), M.-A. Frison-Roche précise que le droit de la régulation « respecte la spécificité technique ou politique de ce sur quoi les règles s'appliquent ».

7. « Le fondement d'une monnaie découle [...] de l'existence d'une régulation unique ». (B. Courbis, « L'euro face aux pratiques monétaires : les aléas de la transition », Colloque de l'Université de Lyon III, 12 avril 1996.

8. M.-A. Frison-Roche, *Recueil Dalloz*, 2004, p. 127.

9. Pour le professeur M.-A. Frison-Roche, « le secteur bancaire relève du droit

10. Le Groupement des cartes bancaires a été organisé par la signature, le 31 juillet 1984, d'un protocole d'accord entre « les banques Carte bleue, le Crédit agricole et le Crédit mutuel ».

11. Dès lors, un tel accord ne saurait être considéré comme ayant un objet anticoncurrentiel puisqu'il ne fait que « déplacer » des coûts sans les augmenter globalement.

12. Point 46.

accords. Or, « si [...] on parvient à la conclusion que la principale opération couverte par l'accord ne restreint pas la concurrence, il n'est pas nécessaire d'examiner si les restrictions individuelles contenues dans l'accord sont également compatibles avec l'article 81¹³, paragraphe 1, dans la mesure où elles sont accessoires à l'opération principale, non restrictive ». Or, « en droit de la concurrence, la notion de restriction accessoire couvre toute restriction alléguée de la concurrence qui est directement liée et nécessaire à la réalisation d'une opération principale, non restrictive de concurrence, et qui lui serait proportionnée. [...] Une restriction est directement liée à l'opération principale si elle est subordonnée à la réalisation de cette opération et est liée à celle-ci de manière indissociable. [...] Si, à partir de facteurs objectifs, on peut conclure qu'en l'absence de la restriction, l'opération principale non restrictive serait difficile, voire impossible à réaliser, la restriction pourrait être considérée comme étant objectivement nécessaire à la réalisation, en lui étant proportionnée »¹⁴.

B – LA THÉORIE DE LA PLATE-FORME

1 – La nécessaire coopération entre banques concurrentes ne leur confère pas les caractéristiques d'une « plate-forme » de marché

La « théorie du marché biface » – que Jean-Charles Rochet ne veut plus appeler ainsi aujourd'hui, lui préférant l'expression « théorie de la plate-forme » – a été appliquée au domaine bancaire, pour la première fois dans le cas des cartes bancaires, au début des années 2000 pour justifier, *a posteriori*, un système qui avait fait ses preuves et qui fonctionnait à la satisfaction de tous. Mais ce système n'était pas conforme à la conception qu'on se faisait désormais du rôle de la concurrence dans les mécanismes économiques.

Pour attirer les commerçants vers ce nouveau mode de paiement il fallait qu'il y ait un grand nombre de porteurs. Pour attirer les consommateurs vers ce nouvel instrument il fallait qu'il y ait un grand nombre de commerçants qui l'acceptent. Comme les particuliers n'étaient pas prêts à payer n'importe quel prix pour l'usage de cet instrument – d'autant que l'usage du chèque était gratuit en vertu de la loi –, on a reporté une partie de la facturation sur le commerçant. Au milieu, la « plate-forme »¹⁵, Visa, MasterCard ou le GIE cartes bancaires, en instaurant une commission interbancaire, a organisé cette externalité¹⁶ positive. En 1984, le GIE cartes

bancaires a apporté une amélioration considérable au système en instaurant l'interbancaire et en y donnant accès à toutes les banques. Cette entente avait pu paraître exemptable aux yeux du Conseil de la concurrence. Mais celui-ci avait alors exigé que le montant de cette commission interbancaire soit strictement égal au coût marginal de ce service. D'Autorité de régulation de la concurrence, le Conseil s'était ainsi transformé, sans texte, en Autorité de régulation des prix !

Depuis, toutes les autorités de concurrence ont ainsi appliqué, à ce qu'elles considèrent comme un service indépendant – dont on ne définit pas exactement le contour –, les lois établies pour la fabrication et la commercialisation des biens matériels, sur la base de la théorie des coûts décroissants.

Cette « théorie de la plate-forme » a été transposée, comme allant de soi, à l'ensemble du système bancaire, comme si toute plate-forme était un agent autonome ayant une politique de maximisation du profit sur un « marché » biface, comme si l'ensemble de la communauté bancaire constituait en soi une plate-forme indépendante servant d'intermédiaire entre chacune des banques prises individuellement. Elle a ainsi été transposée à l'analyse de la nécessaire coopération entre **toutes** les banques pour permettre la circulation monétaire. Mais, ce faisant, les autorités de la concurrence ont d'une part négligé le fait que, dans le cadre des opérations de compensation de chèques, **toutes**¹⁷ les banques coopèrent au système pour rendre en commun un service que nulle ne peut rendre seule et d'autre part ignoré que les instruments de paiement sont indissociables des comptes qu'ils servent à faire mouvementer. Autrement dit, elles ont fait une mauvaise analyse du marché qui les a conduites à considérer la plate-forme comme devant nécessairement toujours être un des concurrents sur le marché alors que, dans certains cas – comme celui des chèques –, elle en était en fait un « système essentiel ».

Lorsqu'un prix est librement négocié sur un marché, il permet de déterminer la quantité des produits et services qui seront échangés. C'est pourquoi, en économie de marché, et dans la mesure où ils sont bien librement négociés, l'on considère généralement que l'une des fonctions premières des prix est de transmettre les signaux et les indications nécessaires à une allocation optimale des ressources. Il en résulte que, si un même service peut être rendu par divers processus, le prix doit permettre d'assurer que l'on retiendra bien la combinaison la plus efficiente, celle qui rend le service recherché au moindre coût. Autrement dit, le prix se trouve investi d'une mission supplémentaire, celle de permettre d'éviter le gaspillage. De ce point de vue, un prix inadéquat

13. Du Traité CE, devenu l'article 101 du TFUE.

14. Lignes directrices de la Commission européenne, concernant l'application de l'art. 81, § 3, Traité CE, JOUE C 101, 27 avril 2004, p. 97, points 28 et s.

15. Au sens propre, il ne s'agit pas d'une « plate-forme », mais d'un « réseau ».

16. Sur son site Internet, Visa explique : « Visa établit les taux d'interchange d'une manière qui équilibre les facteurs et les valeurs économiques entre toutes les parties prenant part au réseau Visa – détaillants, institutions financières et titulaires de carte. Si l'interchange est trop faible, les institutions financières des titulaires de carte n'émettront pas de cartes ; si l'interchange est trop élevé, les détaillants ne les accepteront pas ». Pour sa part, MasterCard explique : « L'interchange est établi en vue d'inciter les banques à émettre des cartes de paiement et les commerçants à accepter ces cartes. Il s'agit d'une petite commission payée par la banque d'un commerçant (également appelée la banque acquéreuse) à la banque du titulaire de la carte (la banque émettrice), et qui sert à compenser une partie des risques et des coûts que

la banque émettrice encourt pour maintenir les comptes du titulaire de carte ». Et MasterCard insiste : « En équilibrant les coûts, les risques et les bénéfices inhérents aux systèmes à quatre parties, l'interchange favorise une industrie des paiements forte, concurrentielle et efficace. En l'absence d'interchange, ce système ne pourrait exister ».

Enfin le GIE cartes bancaires insiste pour sa part sur le coût important que supporte la banque émettrice pour sécuriser le système de paiement.

17. Au même titre que Target pour les opérations de gros montants.

induit des comportements sous-optimaux des agents, et *in fine* une mauvaise allocation des ressources rares. Plus largement, « une technologie sous-tarifée sera utilisée au-delà du nécessaire, engendrant des coûts excessifs ; inversement, un prix excessif conduira à la sous-utilisation de moyens efficaces, au détriment de gains potentiels »¹⁸. Tout prix qui serait fixé à un niveau différent de celui qui résulte de la libre confrontation entre une demande solvable et une offre rentable conduirait, au niveau macroéconomique, à une perte sèche pour l'ensemble de la société.

Le prix d'équilibre instantané est donc un double signal : adressé par le demandeur à l'offreur sur l'utilité du bien et / ou du service offert ; adressé par l'offreur au demandeur sur le coût d'opportunité de la production. Un prix trop élevé conduit à l'expulsion de l'offreur ; un prix trop bas conduit le même offreur à la faillite. Cependant, cette conclusion n'est valable que si « le mode de détermination d'un prix reflète, d'une part un rapport de force entre les coéchangistes, chacun cherchant à accaparer un maximum de surplus, et d'autre part une stratégie visant à maintenir ou à acquérir une certaine position sur le marché »¹⁹. Sur tout marché libre, l'offreur cherche uniquement à vendre les biens ou les services qu'il produit et à être payé pour cette livraison, à un prix qui lui permette de couvrir ses coûts et d'obtenir un profit raisonnable, alors que le demandeur souhaite seulement acquérir l'un des produits ou services offerts et en payer un prix qui ne soit pas supérieur à l'utilité qu'il en retire.

Pour toute entreprise, il est donc indispensable d'obtenir une connaissance précise de ses coûts pour déterminer le prix en dessous duquel elle ne peut pas descendre si elle ne veut pas risquer d'obérer son avenir. Dans la mesure où cette entreprise ne commercialise pas qu'un seul produit ou service elle doit, pour connaître le prix minimal de chacun d'entre eux, se livrer à une répartition des frais communs et pour cela formuler certaines hypothèses, notamment en ce qui concerne la complémentarité (rasoir mécanique, lames de rasoir et mousse à raser, par exemple) ou la subsidiarité (légumes différents pour un même repas) des produits ou services, la dispersion (gares de chemin de fer) ou la concentration (complexes cinématographiques où sont simultanément projetés différents films) des lieux de rencontre avec la clientèle... Or, ces hypothèses ne sont pas uniques et peuvent varier dans le temps et dans l'espace.

Si, dans le cadre d'un processus industriel classique, les frais directement affectables peuvent représenter l'essentiel des coûts et donc permettre à la comptabilité analytique de déterminer un prix de revient unitaire relativement objectif, il n'en est pas de même pour la production de services qui résulte d'une multitude de combinaisons de processus immatériels possibles et dont les frais, directement affectables, ne représentent qu'une faible partie du prix de revient.

De plus, si les biens matériels répondent souvent à un usage unique bien identifié, dont l'utilité est relative-

ment appréhendable, ce qui permet de définir assez facilement un « marché pertinent », le caractère alternatif et subjectif des services les uns par rapport aux autres rend la définition du « marché pertinent » beaucoup plus approximative, beaucoup plus relative. De ce fait, la recherche permanente de la notion de « marché pertinent », sous prétexte de substituabilité totale, conduit à isoler le plus petit dénominateur commun, le plus petit processus homogène isolable, pour en faire un service indépendant, comme s'il avait nécessairement par lui-même une utilité absolue, indépendamment d'éléments complémentaires indissociables sans lesquels pourtant il ne serait rien (la remise d'un chèque à l'encaissement par son bénéficiaire ne servirait à rien si sa banque ne pouvait en obtenir le paiement et n'en inscrivait pas le montant au crédit de son compte). Bien plus, cette recherche obstinée du « marché pertinent » conduit à individualiser chaque produit ou service en fonction de la façon dont il peut être différencié des autres (image de marque, fidélisation de la clientèle), c'est-à-dire à partir d'une analyse qui n'est plus ni juridique ni économique mais exclusivement marketing²⁰. L'importance prise, en droit de la concurrence, par la notion de « marché pertinent » a ainsi déformé l'analyse économique et juridique vers la recherche de l'élément différenciant théoriquement perceptible, quelle qu'en soit la petitesse. Un peu comme si la chimie organique niait l'intérêt de la molécule sous prétexte que les atomes peuvent être différenciés les uns des autres.

Mais, ce faisant, on a multiplié les « marchés » au point que plus aucune entreprise ne peut aujourd'hui être considérée comme opérant sur un seul d'entre eux. Or, ces « marchés atomiques » sont tellement liés les uns aux autres, parfois même tellement imbriqués les uns dans les autres, que le calcul du prix de revient du produit ou service élémentaire ainsi isolé est entaché de subjectivité et que son utilité n'est plus discernable isolément. La part des coûts, non directement affectables à chaque service, devient ainsi la quasi-totalité du prix de revient. C'est en réfléchissant sur ces notions, pour arriver à justifier certains prix qui paraissent a priori peu conformes à ce à quoi l'analyse économique et juridique classique permettrait de s'attendre, que certains économistes ont proposé la théorie du « marché biface ». Mais cette théorie ne part pas ni du rôle d'un producteur primaire quelconque ni du besoin d'un consommateur final quelconque, mais du modèle d'affaires d'un intermédiaire puissant.

Dans la *Revue Lamy de la concurrence*, J.-C. Rochet a expliqué, en juin 2005 : « le terme *two-sided markets*, pour lequel il n'existe malheureusement pas de bonne traduction française, désigne les marchés où plusieurs catégories d'utilisateurs sont mises en contact, et qui ne peuvent fonctionner avec une seule d'entre elles ». Cette définition appelle un certain nombre de commentaires immédiats.

Il est à noter, en premier, que sur ce « marché » on ne cherche pas à observer la rencontre spontanée d'un

18. P.-A. Chiappori, in *Revue d'économie financière*, n° 35, hiver 1995, p. 84.
19. G. Denis, *Colloque de Pau*, 7 mars 1997.

20. P.-A. Julien et M. Marchesnay, « Économie et stratégie industrielles », *Economica*, 1997, p. 44.

offreur et d'un demandeur mais à analyser les conditions du « contact » organisé entre des « usagers » différents. Ce « contact » entre les « usagers » est la raison d'être de l'intermédiaire qui l'organise, ce qui signifie que la relation, entre les divers « usagers », n'est pas obligatoirement spontanée ni nécessaire. En examinant les conditions de l'application de cette théorie au secteur bancaire, l'ancien vice-président du Conseil de la concurrence, Philippe Nasse, avait mis l'accent sur un autre aspect essentiel complémentaire, le rôle de l'intermédiaire central. « Selon la définition de Rochet-Tirole, le marché est biface si le volume des transactions réalisées (et le profit de la plate-forme organisatrice) dépend de la structure de la tarification des deux faces du marché et non de la seule somme des charges acquittées par le porteur et le commerçant »²¹. Cet intermédiaire est bien au centre de l'analyse du « marché biface » au point que Jean-Charles Rochet ne veut plus l'appeler en 2010 que la « théorie de la plate-forme »²².

Il résulte de cette présentation trois conditions implicites auxquelles on n'a pas toujours prêté une attention suffisante :

- le bien ou service objet de l'échange présentent des « utilités » complémentaires, mais non biunivoquement liées, à des « usagers » indépendants, poursuivant des buts différents ;
- la liaison entre les divers « usagers » est réalisée par une entité, qui n'est assimilée ni à la notion juridique de société ni à la notion économique d'entreprise et que faute de mieux on a baptisé « plate-forme »²³ ;
- l'intermédiaire est en position dominante vis-à-vis de ses clients d'où l'expression d'« usagers »²⁴ utilisée dans la définition. Un « usager » n'est pas un offreur ni un demandeur, ce n'est même pas un agent économique.

La « théorie du marché biface » ou « théorie de la plate-forme » suppose donc que nous ne sommes pas en présence d'un marché pur et parfait fonctionnant selon les lois d'une économie libérale. Dans ces conditions, les prix pratiqués sur les deux faces du marché ne peuvent plus servir d'indicateurs d'efficacité du marché ; ils ne correspondent plus ni au prix de revient – augmenté d'un profit raisonnable – pour l'« offreur en premier ressort » ni à l'utilité pour le consommateur final. L'analyse du prix, dans le cadre de la « théorie du marché biface », se place donc en fait dans la perspective de la justification

financière du « modèle d'affaires » de l'intermédiaire, les conditions imposées aux usagers n'étant pas discutées. En pratique, la légitimité du « marché biface » est supposée obtenue dès lors qu'il conduit à des « externalités positives ».

L'agent économique central est donc la « plate-forme » qu'il convient de bien identifier et qui ne saurait être assimilée, explique X. Wauthy, à un « monopoleur multiproduit ». Selon ce dernier, une « manière d'illustrer la différence entre le cas d'un monopoleur multiproduit et une plate-forme multiface consiste à imaginer l'implication que pourrait avoir l'interdiction faite à une firme de produire simultanément les différents produits. Dans le cas d'une firme multiproduits traditionnelle, cette interdiction ne poserait pas de problèmes particuliers (si ce n'est une baisse de profit). Dans le cas d'une plate-forme multiface, cela reviendrait essentiellement à faire disparaître la plate-forme »²⁵. Si l'on considère chaque instrument de paiement comme faisant l'objet d'un marché indépendant, alors la plate-forme produit simultanément le paiement d'un côté et l'encaissement de l'autre ; dès lors, si l'on interdit le paiement il ne peut pas y avoir d'encaissement. Mais quelle est la plate-forme qui disparaît ? Dans le cas des cartes on peut considérer qu'il s'agirait simultanément des plates-formes concurrentes que sont Visa, MasterCard et le GIE Cartes Bancaires. Dans le cas des autres instruments de paiement ni le système bancaire lui-même, ni même le système de télécompensation ne disparaîtraient. Il faudrait interdire simultanément toutes les opérations de paiement / encaissement ce qui reviendrait à faire disparaître tous les marchés ! Si, à l'inverse, on considère que le service rendu par les banques est celui de la circulation monétaire, alors l'interdiction de la circulation d'un instrument de paiement ne remet pas en cause la plate-forme.

Dans ce contexte, lorsqu'elles analysent les mécanismes de paiement en monnaie scripturale, les autorités de la concurrence ont pris l'habitude de considérer que « si toutes les banques s'accordent pour ne répercuter la commission interbancaire sur aucune des deux faces du marché, la commission interbancaire est un jeu à somme nulle »²⁶. Cette illusion d'optique résulte du fait que l'on considère globalement toutes les banques comme constituant un tout indistinct, un « monopole ». Ceci est fondé sur la tautologie comptable qui veut qu'à un débit corresponde toujours un crédit ; que dans une opération d'échange, en face de la personne qui transmet, il y a toujours quelqu'un qui reçoit ! Oui, comptablement, le montant payé par certains est intégralement perçu par d'autres.

Cela ne signifie pas pour autant que, d'un point de vue

21. P. Nasse, « Concurrence et moyens de paiement », *Concurrences*, n° 1, 2007.

22. « Une plate-forme est un intermédiaire qui rend possible et qui facilite les interactions de deux groupes d'agents qui obtiennent des gains en interagissant (gains de transaction). Ainsi, les bénéfices d'un agent appartenant à un groupe dépendent du nombre d'agents de l'autre groupe (effet de réseau croisé). » (N. Sonnac, « Concentration et diversité dans les industries de contenu : une antinomie ? », actes du colloque « Les industries culturelles »).

23. Et que, dans le cadre de son application au système bancaire, on a subrepticement étendu un « réseau » d'entreprises chargées de gérer en commun un « système » obéissant à une même réglementation d'ordre public !

24. En lui-même, le terme évoque plutôt un système administré dans lequel l'« usager » doit se plier à une volonté extérieure et non un marché. C'est pourquoi on peut se demander si ces « usagers » exercent bien l'un et l'autre une volonté quelconque. N'y a-t-il pas volonté exprimée uniquement par l'un des deux et passivité de l'autre, voire par la « plate-forme » et la passivité des deux ?

25. « Concurrence et régulation sur les marchés de plate-forme » in *Reflets et perspectives de la vie économique*.

26. Cette conclusion, qui n'est qu'une autre façon de dire qu'une commission interbancaire non nulle est en soi atteinte au libre jeu de la concurrence par l'établissement d'un prix plancher, ne découle pas naturellement du modèle de Rochet et Tirole sur la structure optimale d'un marché biface. En effet, selon ce modèle, la structure est optimale lorsque les dérivées du volume d'opérations par rapport aux prix sur les deux faces du marché sont égales. Dans tout système interbancaire cela est toujours le cas, quel que soit le montant de la commission interbancaire.

économique, nous soyons obligatoirement en présence d'un simple jeu à somme nulle²⁷ vis-à-vis de l'extérieur. Pour que nous soyons en présence d'un jeu à somme nulle vis-à-vis de l'extérieur, il faudrait que la structure de la clientèle de chaque banque soit la même, il faudrait que les clients des banques aient tous les mêmes besoins dans les mêmes proportions. Il faudrait, en effet, que le montant total des commissions payées par chaque banque tende à être rigoureusement égal au montant des commissions perçues... ce qui rendrait les commissions interbancaires inutiles ! D'où il ressort que les commissions ont justement pour but de permettre aux banques de coopérer au sein du système interbancaire, tout en poursuivant chacune sa propre politique commerciale, tout en conservant chacune son autonomie concurrentielle. Les commissions interbancaires sont donc la condition nécessaire pour permettre à chaque banque de poursuivre une politique commerciale indépendante, tout en participant à un système interbancaire au service de tous les agents économiques non financiers.

Cela ne signifie pas non plus que la clientèle bancaire sera indifférente. Car ne pas faire payer les encaissements aux « grands remettants », qui présentent par leur banque des instruments de paiement à l'encaissement, conduit directement et immédiatement à un transfert de charge au détriment des banques qui gèrent les comptes des consommateurs et les obligent à leur en faire supporter les coûts.

En ce qui concerne l'encaissement des chèques, leur coût est, du fait de la loi, réparti *au prorata* d'autres opérations telles que les paiements par carte, par prélèvement ou par virement, toutes opérations économiquement plus rentables à l'échelon global.

Le raisonnement des autorités de la concurrence, relatif aux opérations de paiement par prélèvement, est le même que pour un paiement par carte bancaire : nous serions sur un marché biface²⁸. Le système bancaire est donc assimilé à une « plate-forme » qui repose sur « deux jambes » : le débiteur et le créancier. Les membres de la « plate-forme » ne doivent pas pouvoir s'entendre pour faire supporter à une jambe plutôt qu'à l'autre le poids du coût de la « plate-forme »²⁹. Chacun des membres doit avoir sa propre politique pour répartir les coûts entre les deux jambes comme il l'entend³⁰.

27. Dans la théorie du marché biface, pour que le jeu soit à somme nulle il faut que le profit de la « plate-forme » soit nul (condition nécessaire, mais pas suffisante), ce qui n'est pas le cas pour Visa ni pour MasterCard.

28. Au même titre qu'une agence immobilière, un service de petites annonces, un logiciel d'exploitation, etc.

29. Dans le modèle de Rochet et Tirole, la tarification optimale de la « plate-forme » résulte non d'un coût de transaction mais d'un coût d'opportunité. Dans la mesure où la tarification n'est pas établie en fonction du coût marginal, elle résulte donc d'un effet d'aubaine pour la « plate-forme ». Mais indépendamment du fait que, dans le cadre d'un mécanisme interbancaire, la « plate-forme » ne recouvre aucune entité particulière et ne retire aucun profit particulier, il ne faut pas oublier que la structure de tarification, sur ce qui devrait alors être considéré comme une des faces du marché, est imposée par la loi : la délivrance de vignettes de chèque est gratuite.

30. Sauf que le droit français interdit aux banques des débiteurs de faire payer à leurs clients la fourniture des vignettes de chèque et interdit de faire payer aux clients tous les moyens de paiement délivrés dans le cadre du droit au compte. La Commission européenne, elle-même,

C'est oublier que le caractère biface peut être appliqué d'une part à un marché et d'autre part à un système. La présence d'externalités positives, la qualité de biface sont insuffisants pour définir exactement où se trouve la relation de marché.

Pour les autorités de la concurrence, le système serait le même que celui d'un journal qui fait supporter ses frais pour partie à ses lecteurs et pour partie à ses annonceurs, sans que les journaux ne puissent s'entendre pour être tous gratuits pour les lecteurs. Le système serait le même que celui des boîtes de nuit qui ne peuvent pas s'entendre pour faire supporter leurs coûts uniquement à leur clientèle masculine³¹ ou à parts égales entre leur clientèle féminine et leur clientèle masculine. Sauf que le système de paiement par chèque se doit d'être universel, ouvert à tous sans condition d'accès... ce qui n'est le cas ni des journaux ni des boîtes de nuit, surtout lorsqu'on les considère individuellement. Sauf que le système de paiement n'est pas une entité juridique ni une entité économique indépendante.

En réalité, la notion de marché biface repose sur la complémentarité entre deux services liés (complémentaires), « vendus » à des catégories différentes d'agents poursuivant chacune des fins économiques indépendamment les unes des autres. De ce point de vue, la notion de marché biface ne peut pas être appliquée ni à la vente de produits complémentaires à un même type de clients (rasoirs et lames de rasoir, par exemple) ni à l'opération qui lie nécessairement deux personnes différentes en vertu de la volonté d'une seule (acheminement du « courrier adressé », par exemple). Sur tout marché biface, la « plate-forme » poursuit un intérêt économique individuel d'optimisation de ses ventes, en jouant sur la répartition de ses coûts de revient entre ses différentes catégories de clients dont l'une au moins subventionne les autres.

Dans le cas de produits complémentaires vendus à une même catégorie de clients, l'offreur vend successivement dans le temps deux biens différents. Pour optimiser ses ventes il ne peut jouer que sur la protection, par un brevet, de la liaison entre les deux biens (système d'attache des lames sur le rasoir) et sur la vente du premier de ces biens (le rasoir) à un prix d'appel.

Dans le cas où l'intermédiaire n'agit que sur la volonté d'un seul (l'expéditeur du courrier), celui qui est mis en relation (le destinataire) n'a qu'un rôle passif ; il n'a exprimé aucun besoin économique et il n'a donc aucune raison de supporter un coût pour un service qu'il n'a pas demandé. Si l'optimisation du fonctionnement d'un marché biface, par le biais de subventions croisées, s'inspire un peu de ce processus, il ne s'y réduit pas. Dans le cadre d'un marché biface chaque catégorie de clients de la « plate-forme » a une totale indifférence vis-à-vis des autres catégories de clients, ce qui compte c'est qu'elles

interdit aux banques de faire payer des tarifs différents selon les services rendus puisqu'elles doivent effectuer les opérations de paiement (par prélèvement ou virement) au même prix, qu'elles soient domestiques ou transfrontières au sein de l'Union européenne. Et pourtant ces services sont différents : ils n'obéissent pas tous au même régime juridique.

31. Ce qui constitue en soi une discrimination !

existent et même qu'elles soient les plus nombreuses possibles : peu importe qui lit le journal gratuit, ce qui compte c'est que les lecteurs soient nombreux. À l'inverse, dans l'opération de l'intermédiaire qui relie deux personnes par la volonté d'une seule, la personnalité du destinataire n'est pas indifférente à la volonté de l'expéditeur. C'est même un élément essentiel, au point que si l'intermédiaire se trompait de destinataire il commettrait une faute engageant sa responsabilité, en causant directement un préjudice, au moins à l'expéditeur. Dans cette opération, si la rencontre entre la personne qui manifeste une volonté (le donneur d'ordre) et l'intermédiaire se produit bien sur un marché, la rencontre entre l'intermédiaire et le destinataire ne s'effectue pas sur un marché. Si l'intermédiaire a lui-même recours à un autre prestataire pour remplir sa mission (un transporteur par exemple), le prix qu'il règle à ce second prestataire vient grever ses frais généraux et entrera dans le prix de revient du service qui sera facturé au client. Cette inclusion se fera, le plus généralement, sur une base forfaitaire car il sera souvent difficile de déterminer *a priori* quel sera exactement le second prestataire (le transporteur, dans notre exemple) qui interviendra pour rendre le service particulier (transport de la missive).

Si l'on revient aux exemples mis en avant par les autorités de concurrence, dans l'analyse des commissions interbancaires, nous constatons que l'analyse à partir de la notion de marché biface pose aussi de graves problèmes au regard du droit de la concurrence lui-même.

Un journal gratuit est donc un journal dont le prix est nul pour le lecteur, c'est-à-dire pour celui à qui il est normalement destiné. Mais si, pour le lecteur, son prix est nul cela signifie, d'un point de vue économique qu'il n'a aucune utilité. Or, s'il n'a aucune « utilité », il produit cependant un effet d'éviction dans la mesure où il est lu à la place de journaux payants qui, eux, ne sont plus achetés. Les quantités de journaux distribués (vendus à 0,00 €) ne sont pas fixées par la confrontation d'un besoin des lecteurs et de la nécessité d'obtenir un certain chiffre d'affaires du journal, mais exclusivement par le surcoût que peut supporter l'annonceur pour vendre son message au lecteur final. Par nature même, la plate-forme – ici le journal gratuit – déforme le jeu normal de la confrontation entre une offre et une demande puisqu'elle conduit à déformer la courbe d'offre en amont et à faire disparaître la courbe de demande en aval, la demande devenant infinie lorsque le prix est nul.

Les journaux gratuits sont donc de simples parasites économiques, qui troublent gravement le libre jeu de la concurrence. Leur prix égal à zéro constitue, au sens juridique du terme, un prix prédateur. En effet, selon la CJCE³², « les prix inférieurs à la moyenne des coûts variables³³ doivent toujours être considérés comme abusifs », c'est pourquoi,

« une pratique des prix prédateurs doit pouvoir être sanctionnée dès qu'il y a un risque d'élimination des concurrents ». Pour la Cour de cassation, « le prix prédateur se définit comme étant le prix de vente unitaire d'un produit inférieur au coût variable de celui-ci »³⁴.

Dans la mesure même où cette notion de prix prédateur est liée, en droit européen, à la notion d'abus de position dominante, il faudrait examiner, au cas par cas, si la plate-forme est bien ou non en position dominante – même simplement relative – sur son marché. Au regard du droit français, cette recherche d'une éventuelle position dominante – même relative – ne s'impose pas, dans la mesure où le code du commerce interdit la pratique des prix « abusivement bas par rapport aux coûts de production, de transformation et de commercialisation, dès lors que ces offres ou pratiques [...] peuvent avoir pour effet d'éliminer d'un marché ou d'empêcher d'accéder à un marché une entreprise ou l'un de ses produits »³⁵. Et, l'application de ces dispositions n'est pas limitée aux pratiques des entreprises en position dominante ainsi que l'avait reconnu le Conseil de la concurrence, le 1^{er} avril 2004.

Dans la mesure où « la prédation et le sacrifice qu'elle induit n'ont de rationalité économique pour une entreprise que si elle permet au prédateur d'en tirer profit à plus ou moins long terme »³⁶, on peut se demander si le prédateur est le journal gratuit lui-même ou l'annonceur qui, pour un prix relativement moins élevé que celui d'une communication publicitaire classique, peut faire passer un message selon la technique de l'imprégnation chère au théoricien soviétique de la Guerre Froide, Michael Souslov, pour « faire manger du poivre à un chat »³⁷.

La notion de « marché biface » ne fait pas obstacle à l'application de la prohibition des ventes à prix abusivement bas car elle ne se place pas sur le même plan. Elle ne suppose pas de comparer un prix de vente à l'ensemble des coûts de réalisation du bien ou service, pas même des coûts variables, mais considère simplement que ces coûts sont couverts par des prix « abusivement » élevés, supportés par d'autres pour un autre service (en ce qui concerne les journaux gratuits, la publicité des annonceurs) véhiculé par le même bien ou service. On en arrive en fait à justifier le prix de vente abusivement bas aux lecteurs par des subventions croisées entre la vente des espaces publicitaires aux annonceurs et la vente (à 0,00 €) du journal à ses lecteurs.

En réalité l'archétype du « marché biface » serait l'agence de notation. En effet, elle peut faire supporter le prix de sa notation soit à l'investisseur qui a intérêt à connaître exactement la santé économique de l'entreprise notée – comme c'était le cas à l'origine – soit à l'entreprise qui a

32. Aff. Tetra Pack International, C-333/94 P, 14 novembre 1996.

33. Un prix de vente fixé au seul niveau des coûts variables peut même déjà constituer en soi une « barrière à l'entrée » puisqu'il impose à tout nouvel entrant potentiel de faire supporter la totalité de ses frais fixes sur d'autres produits (ce qui implique la mise en place de subventions croisées).

34. Ch. com., 4 février 1997.

35. Art. 420-5.

36. N. Ferry-Maccario et J. Bouskila, *Gaz. Pal.*, 10 juillet 2007.

37. Il y a deux manières de faire manger du poivre à un chat, la première qui consiste à lui ouvrir la gueule de force et à lui ingurgiter le poivre directement, mais la pauvre bête se débat et cherche à griffer pour se défendre ; la seconde consiste à enduire de poivre tous les recoins de la maison et, en se frottant le chat fixe le poivre le long de ses poils, alors, la pauvre bête, pour se rafraîchir se lèche les poils et avale le poivre avec, en plus, un sentiment de fraîcheur !

intérêt à être bien notée pour séduire des investisseurs – comme c'est le cas notamment pour tous les montages financiers qui sont directement à l'origine de la crise économique mondiale de 2008. Mais le service qu'achetait l'investisseur – une connaissance réelle et approfondie de la santé de l'entreprise ciblée – n'a rien à voir avec celui – une présentation avantageuse de sa notoriété financière – qu'achète l'entreprise qui veut se faire noter ou qui veut faire noter un de ses produits.

Le « marché biface » intéresse tout intermédiaire et donc principalement toute entreprise du secteur de la « grande distribution ». En effet, celle-ci peut agir aussi bien en amont sur le prix d'achat qu'elle impose à ses fournisseurs qu'en aval sur le prix de vente qu'elle impose à ses clients... le but étant pour elle de maximiser la marge qu'elle en retire. On peut même dire que la « grande distribution » est au cœur d'un marché « triface », dans la mesure où elle arrive à jouer sur le décalage dans le temps, entre le moment où elle est payée par les consommateurs et le moment où elle règle les fournisseurs et qu'elle peut donc obtenir une marge supplémentaire sur le placement de cette trésorerie qu'elle retient, sans utilité économique, pour l'ensemble de la collectivité. Le revenu de la grande distribution est ainsi la somme de trois marges différentes : la marge sur le prix d'achat imposé aux fournisseurs, la marge sur le prix de vente imposé aux consommateurs et la marge sur le placement de la trésorerie résultant du décalage entre le paiement immédiat des biens acquis par les consommateurs et le règlement de ces mêmes biens à leurs fournisseurs, au bout d'un certain délai, à quoi il faut ajouter, le placement des sommes correspondant à la TVA retenue. Selon Méd@tice (service formation de l'Université Henri Poincaré de Nancy), « la TVA encaissée dès la vente n'est reversée au Trésor public qu'après paiement de la facture, et le distributeur peut donc placer aussi le montant correspondant pendant cette période de crédit.

Lorsque les taux d'intérêt étaient élevés (années 1950-80) le bénéfice financier a pu être très important, parfois plus que les autres bénéfices nets de l'entreprise. Grâce à l'importance des délais de paiement, les grandes entreprises françaises de distribution ont pu ainsi se développer avec des fonds propres relativement faibles. »³⁸

À l'inverse, le système bancaire, en tant que tel, n'est jamais une « plate-forme » de marché biface, ni même une « plate-forme » de « coordinateurs de demande », comme le voulait Evans³⁹; il n'y a pas un « gestionnaire » de cette « plate-forme », et ledit système bancaire ne constitue pas une seule entité qui tire un profit personnel de la rencontre. D'autre part, lorsqu'un paiement est effectué par un débiteur, quel qu'en soit le support, le « système bancaire » n'a pas à attirer le créancier. À l'inverse, lorsqu'une banque remettante présente à une banque tirée un chèque à encaisser, celle-ci n'a pas à attirer le débiteur... puisque c'est lui qui a initié l'opération et qui, en signant le chèque et en l'émettant (ou en signant une

autorisation de prélèvement, ou encore en donnant un ordre de virement), a indirectement déjà donné mandat à la banque tirée de restituer tout ou partie de son dépôt entre les mains de la banque de son créancier⁴⁰. En fait, dans cette opération, il n'y a pas deux services rendus par un seul intermédiaire, mais un seul service, indissociable (le paiement), rendu par deux intermédiaires concurrents qui ne se sont pas choisis.

Dans le cas d'un « marché biface », le gestionnaire de la « plate-forme » de marché cherche à attirer des personnes pour lesquelles l'utilité économique est d'une valeur inférieure à celle du coût marginal (voire des personnes qui n'ont exprimé aucun besoin) en faisant supporter le manque à gagner qui en résulte par les personnes qui accordent à un service complémentaire, non obligatoirement lié, une valeur subjective supérieure. Sur un marché biface, en l'absence de ce différentiel de prix, les personnes mises en relation par la « plate-forme » intermédiaire ne se rencontreraient pas. Ceci n'a rien à voir avec le créancier porteur d'un ordre, confié par son débiteur donnant mandat au banquier de ce dernier de payer le premier. De plus, une « plate-forme » de marché n'a pas pour objet d'attirer tout le monde pour mettre en relation, de façon bilatérale, tous les membres d'une même communauté, sans aucune exclusion. À l'inverse, un système de paiement se doit d'être universel ; de n'exclure personne.

Prise en sa globalité, l'application de l'analyse de Rochet et Tirole n'implique pas obligatoirement une unité entre les notions de « plate-forme » et d'acteur sur un marché. La plate-forme pourrait être une « structure essentielle » indispensable au fonctionnement d'un marché sans en être un acteur. Elle peut être une entité autonome, poursuivant un objet économique indépendant (cas, par exemple, des entreprises de la grande distribution) ou un système structuré de concurrents à qui a été globalement confiée une mission d'intérêt public. Dans cette seconde hypothèse, les « commissions » versées entre les divers membres de la « structure » ne sont pas des prix de marché mais des répartitions des coûts de structure. En appliquant sans discernement cette théorie à tout système de paiements, certains analystes en sont arrivés à démontrer que lorsqu'un consommateur décide, pour payer, d'utiliser un instrument de paiement au lieu d'espèces, cela conduit à faire apparaître deux « externalités d'usage ». Une externalité vis-à-vis du commerçant, qui est égale à la différence entre le montant qu'il paye à sa banque – ou à son prestataire de service de paiement –, pour encaisser le paiement contre la remise de l'instrument de paiement, et le coût de gestion des espèces qu'il aurait supporté si le consommateur avait utilisé le seul moyen de paiement légal. Une externalité vis-à-vis des banques qui est égale aux coûts supportés tant par la banque du débiteur que par la banque du créancier, diminués du montant de la commission que la banque du créancier a pu facturer à son client.

38. www.cyber.uhp-nancy.fr/demos/LOGI-004/chap2/index.html

39. En 2003, Evans a proposé une typologie des plates-formes en distinguant les « faiseurs de marché », tels que E-bay ou Meetic, les « faiseurs d'audience », tels que les journaux gratuits et les portails Internet et les « coordinateurs de marché », tels que Visa ou MasterCard.

40. Nous sommes loin de la considération selon laquelle « les complémentarités existant entre les produits ne sont pas spontanément internalisées par les utilisateurs, précisément parce que ces utilisateurs sont différents. » (X. Wauthy, « Concurrence et régulation sur les marchés de plate-forme » in *Reflets et perspectives de la vie économique*).

Dans ces hypothèses, l'optimum social – tel qu'il découle de l'analyse d'un marché pur et parfait – serait atteint quand le surplus total des usagers (consommateurs et commerçants) est maximisé, c'est-à-dire lorsque le commerçant ne subit aucune externalité du fait du choix du moyen ou de l'instrument de paiement utilisé par le consommateur. Ceci se produit quand le prix payé par le commerçant à sa banque, pour encaisser la somme qui lui est due par le consommateur, est égal à l'externalité d'usage qu'il supporte, c'est-à-dire au coût de gestion des espèces qu'il aurait eu à supporter. C'est ce qui a conduit à la mise au point du « test du touriste » ou du « *merchant indifference test* ». Ce test part des présupposés que les consommateurs décident seuls de l'instrument ou du moyen de paiement utilisé, que les commerçants sont captifs et que les systèmes de paiement sont en situation de leur imposer des commissions élevées. L'idée de base est que si les commerçants n'acceptent que les espèces, alors les touristes (étrangers) iront ailleurs car ils n'ont pas forcément en portefeuille les espèces du pays. Dès lors, les commerçants accepteront d'autant plus facilement les instruments de paiement que ceux-ci ne leur reviendront pas plus cher que le traitement des espèces (en devises!). Cela suppose donc aussi que les espèces sont toujours substituables aux autres instruments et moyens de paiement.

Mais ce raisonnement suppose encore qu'il est plus important pour le commerçant de vendre que pour le consommateur d'acheter. En effet, si en l'absence d'acceptation de l'instrument ou du moyen de paiement que le consommateur lui propose le commerçant rate sa vente, le consommateur lui ne peut pas non plus entrer en possession du bien qu'il recherche pour satisfaire son besoin. D'autre part, il est à noter que, du point de vue de la société tout entière, le coût d'usage des espèces est très largement supérieur à la simple somme des coûts de gestion de ces espèces pour les commerçants.

Si l'on déconnecte totalement l'opération de paiement de l'opération économique qui lui sert de cause, c'est-à-dire si on la coupe de son objet ou de sa raison d'être, alors on peut admettre qu'à l'optimum, la commission interbancaire versée par la banque du commerçant à la banque du consommateur serait égale à la différence entre le montant facturé au commerçant par sa banque et le coût supporté par la banque du commerçant. À l'optimum, ce serait donc le coût pour l'utilisateur de l'instrument de paiement qui déterminerait le coût de la relation interbancaire, le bénéficiaire du paiement n'ayant plus aucun intérêt à influencer tel ou tel instrument puisque la commission qu'il supporterait serait strictement égale au total des coûts évités. Le problème majeur que révèle cette approche tient au fait que le montant, qui découle de ce test d'indifférence, varie d'une catégorie de commerçants à une autre car ceux-ci ne distinguent pratiquement jamais l'opération de paiement de celle de placement de la trésorerie obtenue. Dès lors, et spécialement pour le grand commerce qui joue sur des masses financières importantes, le montant de l'externalité positive résultant de l'utilisation d'un instrument de paiement plutôt que des espèces est essentiellement fonction des choix

d'optimisation de la trésorerie (c'est-à-dire du besoin de spéculation du commerçant et non simplement du besoin de transaction).

Au plan macroéconomique, cette approche est encore sujette à critique car le coût d'usage des espèces pour le commerçant n'est pas le même que pour l'ensemble de la société. En effet, si pour le commerçant, le coût d'usage des espèces comprend en particulier, le temps de passage aux caisses, le tri et conditionnement des espèces, le comptage, le stockage sécurisé, le transport et les opérations de retraits / livraisons à la Banque centrale, les vérifications de caisse et le traitement des erreurs⁴¹, le coût de la trésorerie immobilisée pour la monnaie, les sinistres, dommages et risques de fausse monnaie, les opérations commerciales manquées, la transformation des espèces monétaires en actifs financiers rémunérés, la comptabilisation et la justification des écritures... il ne comprend pas le coût de gestion des espèces pour la Banque centrale, le risque de fraude (notamment fiscale), le coût de la lutte contre le blanchiment et contre le terrorisme.

2 – La mise en œuvre ou non d'une commission interbancaire n'a aucune influence sur le fait qu'en face d'un « payé » il y a toujours un « payeur »

Les banques n'ont pas à s'entendre pour faire supporter, directement ou indirectement (via la Commission multilatérale d'interchange), leurs coûts aux seuls créanciers. Les membres de la « plate-forme essentielle » que constitue le « système bancaire » sont en concurrence les uns avec les autres et aucune banque n'a besoin pour exister de présenter autant de chèques à l'encaissement qu'elle en reçoit, d'échanger autant d'ordre de virement ou d'avis de prélèvement... Autrement dit, si aucun journal ne peut vivre sans un nombre suffisant de lecteurs et un nombre d'annonceurs en proportion raisonnable, si aucun grand magasin pris individuellement ne peut vivre sans mettre des fournisseurs en face des consommateurs, une banque peut avoir une clientèle exclusivement composée d'entreprises ou exclusivement composée de particuliers sauf à réduire son autonomie concurrentielle. Ce n'est pas, dans une opération déterminée de paiement, la même banque qui paye et qui est payée alors que c'est le même journal qui fait se rencontrer annonceurs et lecteurs, le même magasin qui fait se rencontrer consommateurs et producteurs. Si, dans le cadre d'un paiement, le payeur peut être client d'une banque et le « payé » d'une autre, il n'en est pas de même ni du danseur et de la danseuse dans une boîte de nuit, ni du lecteur et de l'annonceur d'un journal. Dans le premier cas le danseur ne donne pas mandat à la boîte de nuit qu'il fréquente de se rapprocher d'une autre boîte de nuit pour faire danser sa cavalière ; dans le second cas l'annonceur ne donne pas mandat au journal dans lequel il fait passer un message pour que celui-ci le fasse lire par le lecteur d'un autre journal ! Le journal, comme

⁴¹. Il est très difficile de traiter, manuellement des erreurs sur valeurs « non reconstituables ».

la boîte de nuit, est une « plate-forme » de marché alors que le système bancaire est une « structure essentielle », une « plate-forme essentielle », plus exactement un « système essentiel ». Vouloir traiter l'ensemble du système bancaire comme une unique « plate-forme » de marché c'est faire apparaître, *suí generis*, une nouvelle forme de « groupe de sociétés » dont on se demande quel serait l'intérêt commun.

Chacun des clients d'une banque est libre d'émettre et d'encaisser autant d'instruments de paiement qu'il le souhaite et aucun établissement bancaire ne doit interférer dans cette relation entre un débiteur et son créancier. Le droit bancaire a même érigé cette caractéristique en « devoir de non-ingérence⁴² ». Si comparaison avec un journal il peut y avoir, ce n'est pas celle qui met en parallèle la facturation des banques avec la répartition de la facturation entre un annonceur et un lecteur, mais celle qui met en parallèle la répartition de la clientèle entre entreprises et particuliers avec la diversité des articles offerts au lecteur – les annonces lui étant imposées. Si comparaison avec une boîte de nuit il peut y avoir, ce n'est pas celle qui met en parallèle la facturation des banques avec la tarification des entrées, mais celle qui met en parallèle la répartition de la clientèle entre entreprises et particuliers avec la diversité des morceaux de musique joués. Si comparaison avec le commerce il peut y avoir, ce n'est pas celle qui met en parallèle la facturation des banques avec les prix pratiqués par les grandes surfaces et leurs politiques de règlement de leurs fournisseurs, mais celle qui met en

parallèle la répartition de la gamme des moyens et instruments de paiement offerts à l'ensemble des clients, agents non financiers, avec l'étendue de la gamme des produits offerts aux chaland.

Dans le cadre des paiements, il n'existe pas véritablement de « plate-forme » qui tirerait profit de ce marché biface. En réalité, le « réseau » des banques commerciales ne constitue pas une entité économique poursuivant librement un but d'optimisation d'un produit et le réservant exclusivement à une clientèle rentable, mais d'un ensemble d'entreprises concurrentes à qui est collectivement confiée une mission universelle d'intérêt général et qui ne peuvent remplir cette mission que par une étroite coopération technique, alors que dans chaque opération individuelle, concourant au service global, elles ont ou peuvent avoir⁴³ des intérêts antagonistes.

Il manque encore une qualité substantielle pour que l'on puisse parler de marché biface : il faudrait que la tarification ait comme objet d'attirer vers le marché les « utilisateurs » potentiels les plus réticents ou ceux qui exercent sur l'autre côté du marché l'externalité la plus forte. Cela supposerait, en particulier, sans que cela ne soit suffisant, que les consommateurs aient un vrai pouvoir pour imposer aux commerçants les instruments de paiement qu'ils entendraient utiliser. ■

42. La non-ingérence est une notion plus large que ce seul aspect.

43. Selon que le débiteur et le créancier participant à l'opération économique sous-jacente ont ou non leur compte dans la même banque.

V. CONCLUSION

Un « service de paiement » n'est pas une opération banale ayant une utilité en soi, indépendamment de toute transaction réelle qui lui sert de cause. La monnaie n'est pas une simple marchandise ayant une utilité autre que celle d'être un « équivalent général », sauf peut-être pour un certain Harpagon. Au-delà de sa seule fonction économique, la monnaie joue aussi le rôle fondamental de « lien social » qui dépasse les intérêts immédiats d'une seule catégorie d'agents économiques. Enfin, pour des raisons de transparence et de traçabilité, la circulation monétaire est, au-delà de tout avantage économique ou financier immédiat, mieux assurée par les échanges scripturaux que par la tradition fiduciaire. Dans ces conditions, l'application brute des concepts du droit de la concurrence aux opérations de paiement, indépendamment du contexte général dans lequel elles prennent naissance, conduit inexorablement à sacrifier le fonctionnement des marchés réels au seul profit des « marchands d'argent ».

En particulier, pour que le libre jeu des marchés puisse s'exercer normalement, il ne faut pas que l'usage de la monnaie fiduciaire reste gratuit pour le consommateur ni que son acceptation le reste aussi pour les commerçants, tandis que l'usage de la monnaie scripturale serait payant pour chacun des deux. Sinon, les habitudes des consommateurs évolueraient vite et ils reviendraient très rapidement à un usage des espèces, au détriment des instruments de paiement scripturaux. Et les commerçants n'auraient alors aucun moyen de les inciter à aller vers des paiements scripturaux. Il n'est pas sûr que ce soit un progrès économique. Dans l'hypothèse improbable où le législateur déciderait de rendre onéreux l'usage de la monnaie fiduciaire, la logique selon laquelle tout prix doit être un indicateur d'efficacité économique devrait conduire à discriminer les prix en fonction des coupures utilisées. Plus le prix d'un bien ou d'un service serait payé avec des billets de valeur faciale élevée moins la « surfacturation » devrait être importante, les plus grosses coupures étant celles qui représentent le pouvoir d'achat le plus fort pour le prix de revient le plus faible. Et pour aller jusqu'au bout de la logique, il serait alors aussi normal que le prix payé par le consommateur ne soit pas le même selon qu'il serait capable de faire l'appoint ou qu'il obligerait le commerçant à lui rendre la monnaie.

Au cas où, malgré tout, on voudrait absolument imposer le libre jeu de la concurrence entre les moyens et instruments de paiement, il y aurait une conséquence à assumer. Car il resterait que toutes les banques n'auraient pas

forcément la même solidité, les mêmes fonds propres, le même degré de liquidité, voire simplement la même image. Dès lors la logique économique devrait conduire les commerçants à facturer un prix différent, selon le degré de confiance qu'ils auraient dans la banque tenant le compte de chacun des consommateurs. Il serait donc normal que les commerçants facturent un prix différent selon la banque de chacun leurs clients. Lorsque Hayek en acceptait la conséquence, le système bancaire n'était pas aussi intégré et concentré qu'il ne l'est devenu, il n'existait pas de banques « too big to fail », le total des bilans des deux principales banques d'un pays ne représentait pas quatre années de PIB national, comme c'est le cas en Suisse, en 2010, et les banques n'étaient pas aussi interdépendantes qu'aujourd'hui ; il pouvait donc envisager, sans crainte, la faillite d'une banque. À l'époque aussi, les particuliers conservaient par-devers eux des espèces en plus grande proportion qu'aujourd'hui et la disparition de leur banque n'avait pas forcément comme conséquence de leur faire perdre la totalité de leurs économies. La logique concurrentielle, appliquée au mécanisme des paiements, n'est-elle pas devenue en fait le meilleur moyen de provoquer désormais la réalisation d'un risque systémique ?

Cette discussion sur la légitimité des commissions interbancaires, au-delà des questions relatives à la circulation monétaire, révèle un autre débat sous-jacent : celui sur la conception même du métier de banquier. Pour les autorités de concurrence, il semble qu'une banque soit avant tout un commerçant qui vend une gamme de produits et services, indépendamment les uns des autres, à des clients et des chalandes en quête du meilleur prix ; c'est ce que l'on peut appeler le « modèle transactionnel ». Les banques françaises, quant à elles, considèrent pour la plupart qu'elles sont des prestataires de services qui doivent à leurs clients la solution la plus adaptée aux spécificités et projets de chacun, dans le cadre d'une relation suivie et de qualité ; c'est ce que l'on appelle le « modèle relationnel ». Appartient-il vraiment aux autorités de concurrence d'imposer aux établissements bancaires la façon dont ils doivent appréhender leur métier et servir leurs clients ? Mais, à l'inverse, si les banques sont libres de choisir le modèle auquel elles veulent se rattacher, ne faut-il pas confier à une autre autorité le soin de réguler la circulation monétaire en prenant notamment en compte l'importance des dimensions de « lien social » et de « facilitateur des marchés » qui caractérisent les monnaies ? ■

POUR VOUS : LA QUALITÉ ET LE SÉRIEUX DES GRANDES SIGNATURES DE LA PROFESSION

C'est une réalité, le réglementaire a pris une place considérable dans les affaires financières.

Les juristes sont confrontés à des textes – directives, lois, décrets et autres jurisprudences – de plus en plus nombreux qu'il leur faut comprendre, interpréter, voire âprement négocier...

Depuis 1988, BANQUE & DROIT est l'outil de référence qui accompagne la communauté des juristes dans les banques, les assurances, la gestion et les cabinets d'avocats.

BANQUE & DROIT est centré sur le décryptage et l'analyse des textes qui concernent l'industrie bancaire et ses conséquences sur l'activité du secteur et les résultats observés. Autant de contenus utiles pour approfondir les thèmes fondamentaux du droit applicable aux activités bancaires.



ABONNEMENT 1 AN

6 NUMÉROS + ÉDITION ABONNÉS ON LINE + 2 HORS-SÉRIES
(feuillette, newsletter, archives...)



ABONNEZ-VOUS À BANQUE & DROIT

1 an : 6 n^{os} + 2 hors-séries + accès online = 425,00 euros (France) • 445,00 euros (Étranger)

• PAR TÉLÉPHONE : 01 43 62 66 63 • PAR MAIL : revuebanque.abo@npai.fr

PREMIER MANUEL DÉDIÉ AUX MASTERS DE DROIT

À JOUR DES DERNIÈRES RÉFORMES
ET ÉVOLUTIONS JURISPRUDENTIELLES

Composé de 15 chapitres, l'ouvrage traite du droit bancaire, tel qu'il est enseigné dans le cadre des cursus de droit. Il présente les organes de contrôle et de régulation, le statut et le fonctionnement des établissements de crédit, les règles d'accès au marché bancaire, les devoirs professionnels du banquier ainsi que le corpus juridique régissant les opérations réalisées par les banquiers.

Ce manuel aborde des questions aussi diversifiées que celles du cadre du crédit bancaire, les opérations de crédit (interne et international), les garanties des crédits, les comptes bancaires, les opérations de paiement, les opérations interbancaires, les services annexes (change, assurance...) ainsi que la distribution des produits bancaires (Internet, démarchage...).

Rédigé par deux professeurs d'université et un magistrat, l'ouvrage s'adresse à un public d'universitaires soucieux de s'initier au droit bancaire comme aux praticiens souhaitant appréhender d'un seul coup d'œil les normes gouvernant leur activité professionnelle.



DROIT BANCAIRE
Georges Decocq, Yves Gérard, Juliette Morel-Maroger
384 pages. 35 €

Commander cet ouvrage sur Internet :
revuebanquelibrairie.com

