

CHAPITRE III

TENTATIVES FAITES POUR DONNER UN FONDEMENT JURIDIQUE AU SYSTÈME BANCAIRE DE RESERVE FRACTIONNAIRE

La doctrine a souvent essayé de justifier, du point de vue juridique, la pratique bancaire du système de réserve fractionnaire. Ce chapitre est consacré à la critique de ces diverses tentatives. Nous examinerons les arguments qui prétendent appuyer juridiquement un contrat de dépôt irrégulier de monnaie, dans lequel le dépositaire peut utiliser à son profit l'argent qui lui a été confié comme dépôt à vue. Nous analyserons deux types importants de justification, à l'aide de la doctrine juridique exposée au chapitre I et de l'analyse économique développée aux chapitres suivants.

1

INTRODUCTION

Le développement des doctrines juridiques prétendant justifier l'exercice des activités bancaires basé sur un coefficient de réserve fractionnaire s'est vu forcé par les événements. Elles ne se fondent donc pas sur des principes juridiques préexistants qui auraient présidé à la réalisation de certains actes juridiques. Au contraire, la pratique bancaire -nous l'avons vu- s'est développée au mépris de principes généraux du droit très faciles à comprendre ; elle est également le résultat de circonstances spécifiques qui ont favorisé et permis leur violation (avarice humaine, difficultés de contrôle, besoins financiers des gouvernements, intervention systématique des autorités et confusion créée par le *depositum confessatum*, à cause de l'interdiction canonique de l'intérêt). Une pratique sans appui juridique et aussi généralisée a, naturellement, très vite incité banquiers et théoriciens à essayer de lui trouver une justification juridique adéquate. Cette initiative s'est vue d'autant plus encouragée que, dans presque tous les cas, le gouvernement ou l'autorité publique ont été les principaux bénéficiaires des pratiques bancaires frauduleuses ; ainsi, on ne peut pas s'étonner que l'autorité publique ait engagé les intellectuels¹ -étant donné leur traditionnelle complicité- à essayer de trouver un appui juridique aux pratiques qu'elle permettait et encourageait.

¹ Voir Bertrand de Jouvenel, "Los intelectuales europeos y el capitalismo", dans Friedrich A. Hayek (éd.), *El capitalismo y los historiadores*, 2^o éd., Unión Editorial, Madrid 1997, pp. 87-111.

Car il était essentiel de trouver un fondement juridique adéquat pour permettre la survie du réseau d'intérêts communs qu'engendre le système bancaire de réserve fractionnaire. Quiconque possédant une formation moyenne se rendait compte que ces pratiques devaient trouver leur justification ailleurs que dans l'existence d'une simple situation de fait. Il ne suffit pas de voir et d'affirmer, comme Shepard B. Clough, que « les orfèvres prêtèrent même l'argent dont on leur avait confié la garde ; ils partaient de l'idée -et de l'expérience- qu'ils avaient seulement besoin de disposer à tout moment des quantités servant à répondre aux demandes prévisibles ou courantes de leurs dépositaires. Ces coutumes les conduisirent, au moins au XVII^e siècle, à libeller des 'promesses de paiement', c'est-à-dire des 'billets d'orfèvre' qui circulaient, comme aujourd'hui, de main en main. Ces 'promesses de paiement', satisfaites en puisant dans les dépôts des clients, dépassèrent les sommes déposées. Ainsi fut créé le crédit par émission de papier, *découverte hautement transcendante*. »² Car, il est peut-être « transcendant » de « découvrir » que l'on peut utiliser frauduleusement l'argent des déposants ou émettre des certificats de dépôt pour une quantité supérieure aux dépôts réellement effectués, mais il est évident que ces situations de fait présentent les mêmes caractéristiques que les autres délits d'appropriation indue, analysés depuis toujours par les pénalistes. L'identité entre les hypothèses est tellement évidente que la doctrine ne pouvait pas rester impassible face à une telle irrégularité juridique dans le domaine de la pratique économique.

On ne peut donc pas s'étonner des gros efforts réalisés pour tenter de justifier ce qui semble absolument injustifiable. A savoir, que l'appropriation indue des fonds en dépôt et l'émission de certificats de dépôt, pour une quantité supérieure à l'argent réellement déposé, est légitime du point de vue des principes généraux du droit. Cependant, les intéressés (essentiellement les banquiers et les gouvernements) se sont tellement préoccupés de trouver une justification théorique plus solide que la simple solution volontariste consistant, purement et simplement, à déclarer légale une pratique vicieuse et délictueuse (ce qui a été fait, en définitive, malgré les apparences et toutes les constructions doctrinales) que nombre de juristes ont inlassablement essayé, jusqu'à nos jours, de présenter sous un aspect de respectabilité juridique ce qui s'est pratiqué jusqu'à maintenant.

Nous allons diviser en deux catégories les essais de justification doctrinale du contrat de dépôt irrégulier avec coefficient de réserve fractionnaire. Le premier groupe comprend l'ensemble des doctrines qui ont voulu résoudre le problème en identifiant le dépôt irrégulier et le contrat de prêt ou mutuum. Une analyse détaillée nous montrera qu'une telle identification est impossible du point de vue juridique. Le deuxième groupe comprend les développements doctrinaux les plus récents ; ils reconnaissent l'existence de différences essentielles entre le prêt et le contrat de dépôt irrégulier et se sont attelés à la construction juridique d'un nouveau concept de « disponibilité » : il faudrait interpréter cette notion au sens « large », et considérer simplement que les investissements du banquier doivent se faire

² Shepard B. Clough, *La evolución económica de la civilización occidental*, Ediciones Omega, Barcelona 1970, p. 127 (les italiques sont de moi).

avec « prudence » et respecter toujours les normes administratives de la législation bancaire. L'étude de ce second groupe de doctrines nous démontre qu'elles supposent, en définitive, un retour à la tentative infructueuse de justifier l'institution en la comparant au mutuum ou prêt, de sorte qu'elle présentent les mêmes vices et les mêmes contradictions juridiques que celles que l'on va exposer à propos du premier groupe. Nous expliquerons aussi, au chapitre suivant, pourquoi l'essence doctrinale de la nouvelle interprétation du concept de disponibilité (fondée sur l'application de la « loi des grands nombres ») est inadmissible du point de vue de la théorie économique.

Nous concluons donc que les tentatives faites jusqu'à présent pour justifier juridiquement la pratique bancaire avec réserve fractionnaire, en matière de dépôts à vue, ont échoué. Cela explique différentes choses : la constante ambiguïté doctrinale observée à propos des contrats bancaires de ce genre ; qu'on évite par tous les moyens de les traiter de façon claire et explicite ; le manque de transparence généralisé ; cela explique aussi, puisqu'il est impossible, du point de vue économique, que l'institution subsiste par elle-même, qu'on l'ait dotée de l'appui d'une banque centrale émettrice de normes administratives et de la liquidité nécessaires pour éviter l'effondrement de l'édifice. Le chapitre VIII, consacré à la banque centrale, présente une analyse théorique de la façon dont la nationalisation de la monnaie et la législation et le contrôle bancaires se sont avérés incapables de garantir un système financier stable, qui évite les cycles économiques et prévienne les crises bancaires ; ce qui permet de conclure que le système bancaire de réserve fractionnaire, même s'il jouit de la garantie et de la protection d'une banque centrale, a échoué.

On analysera, à la fin de ce chapitre, une série de figures contractuelles qui se sont développées dans la pratique financière ; quelques-unes sont très semblables à celles qu'utilisent les banquiers pour les dépôts à vue. On étudiera, en particulier, les différentes opérations financières avec « pacte de rachat », et on montrera qu'elles cachent, au mépris du droit, un véritable contrat de dépôt, pourvu que le pacte garantisse le paiement d'un prix préalablement établi, indépendamment du prix existant sur le marché secondaire correspondant, au moment de l'application du pacte. On étudiera enfin quelles sont les différences profondes et essentielles séparant les opérations financières liées à la banque et l'institution de l'assurance-vie. Car l'assurance-vie se présente comme une formule perfectionnée de l'épargne véritable ; on y échange des biens présents contre des biens futurs ; elle comporte certaines particularités qui la rendent spécialement attrayante mais qui ne supposent nullement l'appropriation de dépôts à vue, la création de crédits, ou l'émission de certificats sans la garantie correspondante. On analysera aussi l'effet corrupteur qu'exerce la nouvelle tendance à estomper et à confondre (surtout à la demande de la législation gouvernementale) les frontières juridiques et techniques traditionnelles entre les deux types d'institutions.

Raisons de la confusion

Les tentatives faites pour identifier juridiquement le contrat de dépôt irrégulier de monnaie et le contrat de prêt ou mutuum sont particulièrement attrayantes pour ceux qui profitent le plus des pratiques bancaires (banquiers et gouvernants). Nous avons, en effet, indiqué au chapitre I -consacré à l'étude de la nature juridique des deux institution- que le prêt transfère non seulement la propriété de la chose prêtée mais la pleine disponibilité de celle-ci ; de sorte que l'emprunteur peut en faire un plein usage : l'investir, la consommer, etc. Comme c'est, finalement, ce que fait le banquier lorsqu'il s'approprie les fonds déposés à vue, il est évident que la solution juridique idéale pour lui est d'identifier le dépôt irrégulier et le prêt. Il existe, en outre, un alibi juridique banal qui, bien que superficiel et peu rigoureux, a été beaucoup employé pour renforcer l'argument de l'identification. A savoir qu'en raison de l'essence et de la nature du contrat de dépôt irrégulier -il s'agit d'un dépôt de choses fongibles- il s'y opère toujours un transfert inévitable de la propriété de la chose *in individuo* qui a été déposée sans qu'on puisse la distinguer. D'où l'on conclut automatiquement que, puisqu'il y a transfert de la propriété dans les deux cas, les deux institutions (dépôt et prêt) *sont naturellement la même chose*.

Nous avons vu au chapitre I que cette argumentation était fallacieuse, superficielle et confuse. En effet, bien qu'il y ait véritablement transfert de la propriété dans les deux cas, il n'en est pas moins vrai que le contenu des deux institutions quant à la disponibilité de la chose -une de leurs caractéristiques essentielles- est *radicalement* différent. Car, de même que le contrat de prêt transfère, en même temps que la propriété, la pleine disponibilité de la chose, le contrat de dépôt irrégulier, de par son essence même, a pour objectif prioritaire la garde ou surveillance ; ainsi, bien qu'on puisse théoriquement considérer qu'il y ait transfert de la propriété, celui-ci a une portée très limitée en pratique, car la garde ou surveillance de la chose fongible exige le maintien permanent de la disponibilité de son *tantundem* en faveur du déposant. Même si le transfert de la propriété n'est pas un élément de distinction entre les deux institutions, la différence concernant la disponibilité de la chose remise dans chacun des contrats constitue donc bien l'élément différenciateur essentiel de la nature juridique des deux contrats.

On pourrait s'étonner que les juristes qui ont choisi d'identifier le contrat de dépôt et le contrat de prêt ou mutuum aient méconnu une telle différence. L'identification est tellement forcée et les arguments si pauvres, qu'il est surprenant qu'un secteur de la doctrine ait accepté de la défendre. Cela s'explique, cependant, pour une raison historique de type doctrinal : l'apparition, commentée plus haut, de la construction juridique du *depositum confessatum*, inventé au Moyen Age pour contourner l'interdiction canonique de l'intérêt. Nous avons montré qu'il n'existe pratiquement pas de relation directe entre l'interdiction canonique de l'intérêt et le développement de l'activité bancaire avec réserve fractionnaire, mais ils sont indirectement en relation par l'intermédiaire de l'institution du *depositum confessatum*. On sait que le paiement d'intérêts était obligatoire depuis l'époque romaine, lorsque l'essence du contrat de dépôt, fondée sur la surveillance, était violée et que le dépositaire

s'appropriait indûment les dépôts et ne pouvait pas satisfaire immédiatement la réclamation des fonds correspondants, faite par le déposant. On accordait alors, et indépendamment des autres actions prévues, civile et pénale, (*actio depositi*³ et *actio furti*), une action supplémentaire permettant d'obtenir les intérêts dérivés du retard du paiement et de la perte correspondante de disponibilité soufferte par le déposant, tant que le dépositaire ne lui restituait pas ses fonds. On comprend donc que déguiser en dépôt ce qui était en réalité un prêt convenait très bien, au Moyen Age, pour justifier légalement et légitimement le paiement d'un intérêt. C'est pourquoi les banquiers se mettent à réaliser systématiquement des opérations dans lesquelles les participants déclarent ou avouent expressément qu'ils effectuent un contrat de dépôt et non un contrat de crédit. Mais, comme le dit le proverbe latin, *excusatio non petita, accusatio manifesta*. En effet, il n'est pas nécessaire de déclarer quoi que ce soit dans un vrai dépôt ; et si l'on fait cette déclaration, cela prouve qu'elle sert à cacher l'existence d'un contrat de prêt ou mutuum. On veut le déguiser en dépôt pour contourner les terribles interdictions canoniques du prêt à intérêt et rendre possibles un grand nombre de transactions de crédit, tout à fait nécessaires du point de vue économique et social.

Le développement du *depositum confessatum* a obscurci les différences juridiques très nettes qui séparent le contrat de dépôt irrégulier et le contrat de prêt ou mutuum. Quelle qu'ait été la position doctrinale vis-à-vis de l'interdiction canonique de l'usure, le développement du *depositum confessatum* a conduit, presque inévitablement, à la « naturelle » identification des contrats de dépôt et des contrats de mutuum : si nous nous trouvions face à un théoricien désireux de découvrir et de dévoiler tous les cas de violation de l'interdiction canonique et de dissimulation de l'intérêt, tout ce qui ressemblait à un « dépôt » devait paraître immédiatement suspect ; et, de ce point de vue, la solution la plus claire et la plus expéditive était d'identifier automatiquement dépôts et prêts et de condamner la perception d'intérêts dans tous les cas, indépendamment de leur apparence juridique externe ; de même, et paradoxalement, les moralistes les plus « libéraux », tout en défendant l'existence juridique du dépôt et, donc, la légitimité du paiement d'intérêts moratoires, signalaient qu'un tel dépôt était comparable à un prêt et que le banquier pouvait donc faire usage de l'argent et le consommer en l'investissant. Car ces auteurs ne voulaient pas seulement justifier la perception d'un intérêt, mais aussi légitimer une institution qui permette les mêmes investissements ou échanges de biens présents contre des biens futurs ; investissements qui, traditionnellement et de par leur nature, rendaient possible le contrat de prêt et étaient tellement nécessaires à l'industrie et au commerce. C'est la position qu'ont défendue la plupart des glossateurs du Moyen Age et quelques membres de l'Ecole de Salamanque comme Luis de Molina : le contrat de dépôt irrégulier de monnaie n'est, pour lui, qu'un « prêt précaire » qui

³ Rappelons que l'on peut exercer l'*actio depositi directa* dans les contrats de dépôt irrégulier de monnaie, puisque ce sont des contrats de dépôt ; en vertu de cette action développée par le droit romain, le déposant décide lui-même, à n'importe quel moment, quand on devra lui restituer son dépôt. Cette disponibilité est donc si accusée qu'elle assimile le simple droit de créance du déposant à son droit de propriété sur l'argent déposé (étant donné qu'il existe une disponibilité pleine et immédiate sur le *tantundem* de la quantité déposée).

transfère la propriété (on sait que c'est admissible) et la pleine disponibilité (on sait que c'est impossible et contraire à la nature même du dépôt) de l'argent au banquier dépositaire.⁴

Il faut également rappeler ici le cas du banquier et économiste irlandais Richard Cantillon qui se trouva mêlé à des procès civils et pénaux pour s'être approprié indûment les titres qu'il avait reçus comme biens fongibles dans un contrat de dépôt irrégulier au moment de la fièvre spéculative engendrée en France par le système de Law ; il tenta, à cette occasion, de se défendre en invoquant la seule justification doctrinale développée jusque là en faveur de sa position : comme il s'agissait d'un contrat de dépôt « irrégulier », c'est-à-dire que les titres étaient considérés comme des biens fongibles, il y avait transmission pleine de la propriété et de la disponibilité de la chose ; de telle façon qu'il avait pu s'approprier les titres, les vendre et spéculer avec eux en bourse, sans commettre de délit ni causer aucun préjudice à ses déposants.⁵

L'argumentation juridique utilisée pour la défense de Richard Cantillon est la même que celle qu'avait développée la doctrine pour le dépôt irrégulier de monnaie (et non pas pour le dépôt irrégulier de titres). C'est pourquoi, si l'on considérait que l'identification du dépôt de monnaie et du mutuum était adéquate et justifiée juridiquement, il fallait raisonner de la même manière, *mutatis mutandis*, dans le cas des autres dépôts de biens fongibles ; et en particulier, dans celui des dépôts de titres-valeurs en tant que biens indistincts. Il faut souligner, pour cette raison, que toute l'analyse doctrinale contraire à la juridicité du dépôt irrégulier de titres-valeurs translatif de leur pleine propriété et disponibilité constitue aussi une argumentation très puissante contre le dépôt irrégulier de monnaie avec réserve fractionnaire. C'est ce qu'a constaté le grand commercialiste espagnol Joaquín Garrigues, pour qui « on peut exprimer la conséquence du raisonnement fait jusqu'ici en affirmant que l'intention du client qui donne ses titres à la banque est de passer un contrat de dépôt, mais, tout de suite après cette affirmation, nous voyons apparaître l'image d'un autre contrat à finalité économique semblable, dans lequel il y a aussi remise d'une chose fongible (de l'argent) à la banque qui offre, à son tour, un service de caisse. Voilà -diraient les défenseurs du compte de valeurs- un autre contrat *sui generis* que les documents bancaires n'appellent ni prêt ni dépôt et qui a les mêmes effets juridiques que le compte courant de valeurs ; c'est-à-dire le transfert de la propriété à la banque et la restitution par celle-ci du *tantundem*. »⁶

⁴ Voir Luis de Molina, *Tratado sobre los cambios*, édition et introduction de Francisco Gómez Camacho, Instituto de estudios Fiscales, Madrid 1990, *Dispute* 408, 1022 d., p. 138. On a vu que Juan de Lugo et, dans une moindre mesure, Domingo de Soto partageaient cette même opinion. Les autres membres de l'École de Salamanque, en particulier le docteur Saravia de la Calle, bons et profonds juristes fortement attachés à la tradition romaine, s'opposèrent au système bancaire de réserve fractionnaire, malgré les pressions qu'ils subirent et la pratique qu'ils observaient.

⁵ Voir F. A. Hayek, "Richard Cantillon (1680-1734)", dans *The Trend of Economic Thinking: Essays on Political Economists and Economic History*, dans *The Collected Works of F. A. Hayek*, vol. III, *op. cit.*, p. 159 (pp. 293-294 de l'édition espagnole d'Eduardo L. Suarez, *La tendencia del pensamiento económico, op. cit.*)

⁶ Voir, dans ce sens, les pp.194 et s. du "Dictamen de Joaquín Garrigues", dans *La cuenta corriente de efectos o valores de un sector de la banca catalana y el mercado libre de valores de Barcelona*, ouvrage cité, pp.159-209. Beaucoup d'arguments de ce livre remarquable, contraires à l'idée qu'il y a transfert de la pleine disponibilité dans le dépôt irrégulier de titres comme biens

Malgré l'argumentation forcée et peu convaincante présentée par Garrigues pour justifier que les deux dépôts sont différents, on se rend tout de suite compte que les deux contrats de dépôt irrégulier de biens fongibles (monnaie ou titres) sont essentiellement identiques ; de sorte que si l'on accepte pour l'un (celui de monnaie) le transfert total de la disponibilité de la chose, on doit aussi l'accepter pour l'autre ; et on ne peut donc pas nier la légitimité juridique de l'un (celui de titres) sans la nier pour l'autre (celui de monnaie).⁷ On peut donc conclure que les arguments juridiques de Cantillon émanent de la construction doctrinale élaborée à propos du contrat de dépôt irrégulier de monnaie ; s'ils avaient été considérés corrects, ils auraient également légitimé l'escroquerie évidente faite à ses clients et tous les agissements irréguliers et frauduleux réalisés par la suite dans les autres pays à l'occasion des contrats de dépôt irrégulier de titres ; c'est ce qui s'est passé en Espagne, jusqu'au début du XX^e siècle, avec la banque catalane, dont la doctrine espagnole a unanimement et correctement analysé le comportement frauduleux et délictueux.⁸

Doctrines erronées de la Common Law

La doctrine de l'identification du contrat de dépôt irrégulier de monnaie et du contrat de prêt ou mutuum a prévalu aussi dans la *Common Law* anglo-saxonne par la voie de la création jurisprudentielle suivant le système du *binding case*. Il faut signaler en ce sens que, depuis la fin du XVIII^e siècle et pendant la première moitié du XIX^e, on assiste à divers procès où les déposants qui n'arrivent pas à se faire restituer leurs dépôts poursuivent leurs banquiers pour appropriation indue et fraude dans l'exercice de leur obligation de garde. Cependant, les décisions jurisprudentielles britanniques finissent, malheureusement, par être victimes de la pression de la pratique bancaire, des banquiers et du gouvernement : elles jugent qu'il n'y a pas de différence entre le contrat de dépôt irrégulier de monnaie et le contrat de prêt, et que les banquiers ne sont donc pas coupables du délit d'appropriation indue lorsqu'ils utilisent l'argent des déposants pour leur propre bénéfice.⁹ Parmi toutes ces décisions

fongibles, sont donc directement applicables à la critique de cette même thèse à propos du dépôt irrégulier de monnaie comme bien fongible ; nous les reprendrons au cours de cette étude, chaque fois que ce sera nécessaire.

⁷ Dire le contraire serait tomber dans une contradiction logique inadmissible, défendue cependant par Florencio Oscariz Marco : Oscariz prétend que les dépôts de vrac ne constituent pas un dépôt irrégulier "parce qu'il n'y a pas faculté d'utiliser et encore moins de disposer, mais seulement de mélanger", tandis que, dans les dépôts d'un autre bien fongible (la monnaie), on considère mystérieusement qu'il y a transfert de la faculté d'user et de disposer et le dépôt se transforme en "prêt". Oscariz ajoute à cette erreur conceptuelle une erreur terminologique, car le "cas particulier" de dépôts de vrac qu'il analyse en commentant la sentence du Tribunal Supremo concernant le dépôt d'huile fait par des marchands d'olives (STS du 2-7-1948) répond au modèle le plus classique de dépôt de bien fongible ou irrégulier qu'on puisse imaginer. Voir Florencio Oscariz Marco, *El contrato de depósito : estudio de la obligación de guarda*, op. cit., pp. 110-112.

⁸ Voir *La cuenta corriente de efectos o valores de un sector de la banca catalana y el mercado libre de valores de Barcelona*, op.cit.

⁹ Ce courant jurisprudentiel contraste avec le courant correct qui se prononça à propos de l'activité des dépositaires de grain américains qui s'étaient appropriés dans les années 1860 une

jurisprudentielles, il est intéressant de signaler la sentence prononcée en 1848 par le juge Lord Cottenham dans l'affaire *Foley c/ Hill et autres* ; elle aboutit à la conclusion erronée que « the money placed in the custody of a banker is, to all intents and purposes, the money of the banker, to do with it as he pleases. He is guilty of no breach of trust in employing it. He is not answerable to the principal if he puts it into jeopardy, if he engages in a haphazard speculation; he is not bound to keep it or deal with it as the property of his principal, but he is, of course, answerable for the amount, because he has contracted, having received that money, to repay to the principal, when demanded, a sum equivalent to that paid into his hands. »¹⁰ Il n'est pas étonnant, vu ce genre de sentences, que Richard Cantillon ait fui la France pour gagner l'Angleterre, où la pratique financière était beaucoup moins stricte et les décisions jurisprudentielles devaient évoluer dans le sens des arguments de sa défense. En Europe continentale, au contraire, la tradition juridique romaine conservait une grande influence ; elle avait servi à délimiter impeccablement la nature du dépôt irrégulier de monnaie, en l'axant sur l'obligation de garde et l'illégitimité de l'appropriation par les banques des fonds déposés. La crainte de Richard Cantillon était donc parfaitement compréhensible, lorsqu'il fuit l'Europe continentale à l'époque de la grandeur de la Banque d'Amsterdam, qui opérait avec un coefficient de réserve de 100 pour cent ; moment aussi où l'on commençait à reconstruire la figure du dépôt irrégulier sur la base de ses racines juridiques classiques (qui condamnaient l'exercice de l'activité bancaire avec coefficient de réserve fractionnaire). En outre, l'échec de tous les systèmes bancaires basés sur la réserve fractionnaire (faillite systématique des banques européennes du bas Moyen Age, des banques de Séville et d'Italie des XVI^e et XVII^e siècles et du système de Law au XVIII^e siècle en France) était patent et les juges se prononçaient régulièrement contre l'appropriation par les banquiers

partie des dépôts de grain qu'ils avaient et s'en servirent pour spéculer sur le marché de Chicago ; il la déclara frauduleuse. Devant un fait aussi déconcertant, Rothbard se demande : "why did grain warehouse law, where the conditions -of depositing fungible goods- are exactly the same... develop in precisely the opposite direction?... Could it be that the bankers conducted a more effective lobbying operation than did the grain men?". Voir Murray N. Rothbard, *The Case Against the Fed*, Ludwig von Mises Institute, Auburn, Alabama, 1994, p. 43. La même doctrine jurisprudentielle correcte s'est développée en Espagne à propos des dépôts d'huile en vrac dans les moulins à huile. (Voir, malgré l'erreur de terminologie commentée à la note 7, la sentence du Tribunal Supremo du 2 juillet 1948).

¹⁰ Voir la note de la p. 73 du livre de E. T. Powell, *Evolution of Money Markets*, Cass, Londres 1996, et les commentaires de cette sentence effectués par Mark Skousen dans son *The Economics of a Pure Gold Standard*, Praxeologie Press, The Ludwig von Mises Institute, Auburn University, Alabama, 1977, pp. 22-24. La traduction de ce paragraphe de la sentence pourrait être la suivante : "L'argent confié à un banquier est, à tous les effets, l'argent du banquier, qui peut en faire ce qu'il veut. Ainsi, il n'est coupable de violer aucune obligation de garde s'il l'emploie. Il n'est pas non plus responsable devant le déposant s'il lui fait courir des risques ou le mêle à des spéculations dangereuses ; il n'est pas obligé de le garder ou de le traiter comme s'il était la propriété du déposant ; mais il répond, certes, de la quantité, parce qu'il s'est obligé, en vertu d'un contrat, à rendre au déposant l'argent reçu quand celui-ci le lui réclamera ou lui demandera une somme équivalente à celle qu'il avait remise au départ." Comme antécédents de cette sentence de Lord Cottenham, on citera celle de Sir William Grant de 1811 dans l'affaire *Carr c/ Carr*, et celle rendue cinq ans plus tard dans l'affaire *Devaynes c/ Noble*. Voir J. Milnes Holden, *The Law and Practice of Banking*, vol. I, *Banker and Customer*, Pitman Publishing, Londres 1970, pp. 31-32 et 52-55.

des fonds qu'on leur avait confiés (ce qui dura même jusqu'au début du XX^e siècle en France et en Espagne).

Il faut souligner que le système de la *Common Law* anglo-saxonne s'est avéré -tout au moins dans le cadre de l'institution qui nous occupe- être une garantie moins efficace, pour la défense du droit de propriété et l'ordonnement correct de la coopération sociale, que le système juridique de l'Europe continentale. Cela signifie non pas que le système continental dans sa dernière version kelsénienne et positiviste soit supérieur à la *Common Law*, mais que celle-ci a souvent été inférieure au droit romain ; droit romain étant entendu comme système coutumier et évolutif façonné par l'analyse logique, exégétique et doctrinale des juristes de l'école romaine classique. Ou, autrement dit, que le système de la *Common Law* anglo-saxonne donne trop d'importance au caractère obligatoire des opinions strictement jurisprudentielles, souvent plus influencées par les circonstances particulières du cas examiné et par la pratique commerciale apparente, qu'elles croient observer, que par l'analyse pondérée, logique et exégétique qui doit être faite, en partant des principes juridiques essentiels. En somme, le droit anglo-saxon est un droit excessivement jurisprudentiel, alors que le droit continental, dans sa version du droit romain, est un droit mixte jurisprudentiel et doctrinal.

Doctrine des Codes Civil et de Commerce espagnols

Un secteur de la doctrine espagnole a, lui aussi, été partisan de l'assimilation du contrat de dépôt irrégulier au contrat de prêt ; on s'est fondé, à cette occasion, sur quelques articles des Codes Civil et de Commerce et on a considéré que la législation espagnole n'admettait pas le dépôt irrégulier en tant que figure séparée et que celui-ci n'était donc qu'un simple contrat de prêt ou mutuum. Cependant, il n'est même pas sûr que le droit positif espagnol assimile ces deux contrats. Une telle identification est, au contraire, très douteuse et, de fait, la plupart de la doctrine espagnole moderne a conclu -en accord avec la construction classique- que le contrat de prêt et le contrat de dépôt irrégulier sont très différents, même du point de vue du droit positif actuel.

C'est l'article 1.768 du Code Civil qu'on a souvent utilisé pour justifier l'identité existant entre les deux types de contrat. Cet article dit que « lorsque le dépositaire a l'autorisation d'user de la chose déposée, le contrat ne répond plus au concept de dépôt et se transforme en prêt ou commodat. L'autorisation ne se suppose pas, il faut la prouver. » D'après cet article, si l'on entendait l'usage dans son sens le plus général ou le plus large, étant donné que tout contrat irrégulier de monnaie suppose une transmission de propriété de la chose *in individuo* et, donc, de l'« usage » indistinct dans la manipulation de la chose fongible, alors le contrat de dépôt se transformerait toujours, *ipso facto*, en un prêt ou mutuum. Bien que nous devions voir plus loin les différents cas considérés de « transmission d'« usage », nous dirons seulement, ici, qu'il faut distinguer entre la transmission de la propriété et de l'usage pris dans son sens générique, d'une part, et, d'autre part, la question de savoir si subsiste la pleine disponibilité du *tantundem* en faveur du déposant. Dans la mesure où le

contenu de l'article 1.768 prétend seulement distinguer si le *tantundem* se maintient constamment ou pas en faveur du déposant, il serait parfaitement admissible d'admettre, en droit positif espagnol, l'existence d'un contrat de dépôt irrégulier radicalement différent du contrat de prêt. Et, en outre, le Code Civil lui-même semble se prêter, dans son article 1.770, à cette interprétation. Cet article, en effet, établit que « la chose déposée sera restituée avec tous ses produits et accessions. Si le dépôt est fait en argent, on appliquera au dépositaire les dispositions de l'article 1.724 relatives au mandataire ». Autrement dit, le Code Civil semble accepter l'existence d'un dépôt de monnaie autre qu'un prêt. Comme l'ont souligné José Luis Albácar et Jaime Santos Briz, « face à cette dissemblance -voire antinomie- de dispositions légales, celle qu'on pourrait appeler classique et la moderne, il faut signaler que prévaut aujourd'hui celle de ceux qui considèrent que les figures du mutuum et du dépôt irrégulier sont différentes ; à tel point que certains estiment qu'on se trouve, dans ces cas-là, face à une sorte de dépôt, une figure atypique et complexe, celle du dépôt irrégulier. »¹¹

Le traitement que donne le Code Civil espagnol au dépôt irrégulier de monnaie pourrait, lui aussi, paraître contradictoire et se prêter aux deux interprétations. L'article 309 établit, en effet que « chaque fois que le dépositaire disposera, avec le consentement du déposant, des choses qui ont fait l'objet du dépôt, que ce soit pour lui-même ou ses affaires ou pour des opérations dont le déposant l'aurait chargé, les droits et les obligations propres au déposant et au dépositaire cesseront, et on observera les règles et les dispositions applicables au prêt commercial, à la commission ou au contrat qu'ils auraient passé en substitution du dépôt. » Il semble donc qu'il existe un certain parallélisme entre les articles 309 du Code de Commerce et 1.768 du Code Civil. Toutefois, l'article 307 du Code de Commerce, relatif aux dépôts en numéraire, dit que « lorsque les dépôts de numéraire seront constitués sans spécification de monnaie ou sans être fermés ou cachetés, le dépositaire répondra de leur conservation et des risques dans les termes établis au paragraphe deux de l'article 306 ». Et le deuxième paragraphe de l'article 306 dit que « pour ce qui est de la conservation du dépôt, le dépositaire répondra des dommages, dégâts et préjudices que pourraient subir les choses déposées à cause de sa malignité ou de sa négligence ; il répondra également de ceux qui résulteraient de la nature ou du vice des choses, s'il n'a pas fait, dans ce cas-là, le nécessaire pour les éviter ou y remédier, *tout en en avertissant le déposant, dès qu'ils se seraient manifestés.* » (Les italiques sont de moi). La relation entre le dernier paragraphe de l'article 307 et le deuxième de l'article 306 implique donc que le Code de Commerce accepterait pleinement la figure du contrat de dépôt irrégulier de monnaie, et qu'il existerait une obligation indéniable de garde et de surveillance en faveur du déposant et à la charge du dépositaire ; à tel point qu'en cas de dégat, de dommage ou de vice affectant l'argent fongible déposé, il faudrait

¹¹ José Luis Albácar et Jaime Santos Briz, *Código Civil: doctrina y jurisprudencia*, Editorial Trivium, Madrid 1991, tome VI, p. 1770. La compilation civile de Navarre fait également allusion, à la fin de son titre XII, dans sa loi 554, au dépôt irrégulier : "Lorsque, dans le dépôt de chose fongible, le dépositaire reçoit, expressément ou tacitement, des facultés de disposition, on appliquera ce que déterminent les lois 532, 534 et 535 à propos du prêt d'argent." On voit que ce texte reproduit presque littéralement le contenu de l'article 1.768 du Code Civil.

avertir immédiatement le déposant. Cependant, le Code de Commerce inclut un *ius privilegium* en faveur des banquiers, qui donne un fondement juridique à l'appropriation des fonds qu'ils reçoivent en dépôt : l'article 310 établit que « malgré les dispositions des articles précédents, les dépôts réalisés dans les banques, les magasins généraux, les sociétés de crédit ou n'importe quelles autres compagnies, se régiront d'abord selon les Statuts de ceux-ci, deuxièmement selon les prescriptions de ce Code et finalement selon les règles du droit commun qui sont applicables à tous les dépôts. » Il s'agit très clairement d'un privilège « odieux » en faveur des banquiers et autres sociétés semblables ; car, même du point de vue du droit positif espagnol, on pourrait considérer que, d'après l'article 306 du Code de Commerce, toute personne qui, n'exerçant pas la profession de banquier ou tout autre semblable, utiliserait l'argent reçu en dépôt irrégulier commettrait une violation de l'obligation de surveillance et de garde et, donc, un délit d'appropriation indue ; alors qu'on fait une exception dans le cas des banquiers en considérant que ce délit n'existe pas, si les Statuts correspondants leur permettent d'utiliser et de s'approprier les fonds des déposants pour leur propre bénéfice. Malgré le contenu de cet article 310 du Code de Commerce, comme en général la rédaction de statuts et des contrats bancaires n'est pas claire, mais confuse et ambiguë¹², on s'explique

¹² Il est curieux d'observer que les banques espagnoles évitent d'utiliser le terme "dépôt" dans l'énoncé des conditions générales de leurs contrats de compte courant, car ils redoutent les conséquences juridiques de ce type de contrat (en particulier, qu'on estime qu'ils s'approprient indûment les fonds déposés). Ils n'utilisent pas non plus les termes "prêt" ou "crédit" car, même s'ils sont couverts quand ils appellent prêt le dépôt irrégulier de monnaie qu'effectuent leurs clients, il est évident que, *du point de vue commercial, la captation de passifs sous forme de dépôts perdrait beaucoup de force si le public se rendait compte de ce qu'il fait réellement en ouvrant un compte courant : accorder un prêt à la banque et non pas effectuer un dépôt.* Les banquiers préfèrent maintenir la confusion et l'ambiguïté actuelles, car la situation actuelle de manque de clarté contractuelle les favorisent, tant qu'ils conservent le privilège de pouvoir utiliser un coefficient de réserve fractionnaire et que la banque centrale les soutient en cas de problèmes de liquidité. Toutefois, les banquiers se trahissent parfois eux-mêmes lorsqu'ils qualifient juridiquement leurs opérations ; ainsi, par exemple, la sixième condition générale de la Banque Bilbao-Vizcaya établie pour la négociation d'effets dit que : "Quelle que soit la diversité de comptes ou d'opérations du cédant, c'est-à-dire qu'il s'agisse d'espèces, de valeurs, d'avals, de garanties ou de tout autre document où ils soient représentés, et quelle que soit le titre auquel ils apparaissent... la Banque a la faculté de les compenser par les crédits qu'ils choisissent de contracter à quelque titre que ce soit, y compris de dépôt de toute sorte et qualité... la présente condition sera applicable même aux opérations et aux crédits que le cédant fera valoir contre la banque avant la présente négociation. "Et à propos de la définition du dépôt à vue concrétisé dans les "carnets d'épargne", si la Banque de Bilbao-Vizcaya les appelait "le titre justificatif de son crédit représentant le droit du titulaire de solliciter et d'obtenir le remboursement, total ou partiel, du solde en sa faveur ", le Banco Hispano-Americano allait encore plus loin en établissant que le carnet "constitue le titre nominatif et intransférable de sa propriété". On voit donc que la banque, dans ce dernier cas, qualifie, sans s'en apercevoir, de propriété la relation du contrat de dépôt; ce qui est beaucoup plus proche de la réalité juridique de l'institution, étant donné le maintien constant de la disponibilité en faveur du déposant, que de la considérer comme un simple droit de créance sur la somme d'argent déposée. Voir en ce sens Joaquín Garrigues, *Contratos bancarios*, op. cit., pp. 368-379, notes de pied de page 31 et 36. Garrigues signale malgré tout que la banque privée n'appelle pas le contrat de dépôt de monnaie par son nom, mais donne généralement aux dépôts à vue le nom de *comptes courants*, ainsi qu'on l'observe sur les formulaires de remise de fonds et dans les conditions générales sur le fonctionnement du compte, sur les extraits, la communication de soldes etc. On remarque même cette résistance à parler de "dépôts de monnaie" dans les bilans des banques qui ne

que l'interprétation jurisprudentielle du droit positif espagnol ait donné lieu, jusqu'au début du XX^e siècle, à des sentences (par exemple, celle du Tribunal Supremo du 21 juin 1928 et d'autres citées au chapitre I) qui maintenaient la thèse selon laquelle les banquiers ont, en vertu de la loi espagnole, l'obligation de maintenir constamment à la disposition des déposants la somme intégrale de ce qu'ils ont reçu en dépôt (*tantundem*), c'est-à-dire un coefficient de caisse de 100 pour cent.

Il faut enfin mentionner les articles 7 et 8 des Statuts de la Banque d'Espagne concernant les dépôts. L'article 7 établit dans ses deux premiers paragraphes que les « dépendances autorisées à cet effet pourront recevoir en dépôt des monnaies ayant cours légal dans la nation ou des billets de la banque elle-même ». L'article 8 dit que « la responsabilité de la banque en tant que dépositaire consistera à restituer la quantité en numéraire national équivalente aux dépôts d'espèces ». L'article 10 relatif aux comptes courants dit à peu près la même chose : « la banque pourra ouvrir et gérer des comptes courants d'espèces ou de valeurs mobilières pour les personnes naturelles ou juridiques et les sociétés ou organismes dûment représentés, dont l'établissement juge que la demande ne présente pas d'inconvénient. Les comptes d'espèces ordinaires pourront recevoir monnaies et billets ayant cours légal, chèques et autres documents représentant une créance contre d'autres comptes courants... pour chaque type de compte, la banque fournira les chèquiers nécessaires à leur titulaire ; contre les chèques dûment autorisés, elle paiera les sommes et restituera les valeurs en les portant au débit des soldes correspondants. Contre les comptes courant d'espèces, on admettra également les chèques au porteur, à ordre et barrés. » Ces articles des Statuts de la Banque d'Espagne et, en général, des autres banques ne règlent donc que le fonctionnement du compte de dépôt irrégulier de monnaie et du compte courant vis-à-vis du déposant, mais ils restent ambigus et confus sur la question de savoir si la banque garde constamment cet argent sans y toucher ou si le déposant autorise expressément le banquier dépositaire à se l'approprier en l'investissant dans ses affaires particulières. Il faut consulter l'article 180 du Code de Commerce pour connaître le véritable sens originel de notre législation commerciale sur ce point. L'article 180 établit, en effet, que « les Banques conserveront en espèces, dans leurs caisses, au moins le quart du montant des dépôts et des comptes courants d'espèces et des billets en circulation. » Avec ce coefficient, utilisé comme instrument traditionnel de politique monétaire par la banque centrale espagnole, et dont le pourcentage réduit est fixé actuellement à 2 pour cent, culmine le *ius privilegium* en faveur de la banque : elle est la seule institution que le droit positif espagnol autorise à violer les obligations de garde inhérentes au contrat de dépôt irrégulier de monnaie, en lui permettant de s'approprier l'argent de ses déposants et de l'utiliser pour ses affaires et ses

mentionnent jamais cette rubrique ; elles l'insèrent, au contraire, dans la colonne correspondante du passif, sous le nom de "Créanciers" et, en sous-titre, "Comptes courants à vue", là où se concrétisent en langage comptable des dépôts irréguliers de monnaie. Du point de vue juridique et contractuel, les banques essaient donc de cacher, avec l'accord des autorités financières, la véritable nature juridique de leur activité ; en particulier, face aux tiers et aux clients.

investissements particuliers. Quoique la réglementation du coefficient de réserve soit la seule disposition *permettant aux banquiers de n'être pas des délinquants du point de vue du droit positif espagnol*, le contrat de dépôt bancaire tel qu'il est pratiqué n'en manque pas moins de toute justification juridique ; et, bien entendu, les effets économiques négatifs que produit sur la société la violation des principes traditionnels du droit de propriété en matière de dépôt irrégulier de monnaie subsistent ; on les examinera en détail aux chapitres IV et suivants (distorsion de la structure productive, création d'étapes successives et récurrentes d'expansion et de récession économique, incitation à un mauvais investissement généralisé, création de chômage massif et maintien d'un système financier privilégié incapable de garantir un développement économique sans convulsions).

Critique de l'identification du contrat de dépôt irrégulier de monnaie et du contrat de prêt ou mutuum

Même si l'identification doctrinale des dépôts irréguliers de monnaie et des contrats de prêt (ou mutuum) d'argent est parfaite pour justifier la pratique bancaire de la réserve fractionnaire, elle est si grossière que les commercialistes les plus prestigieux ont refusé de l'accepter. Ainsi, Joaquín Garrigues -même s'il semble enclin à défendre la doctrine de l'identification- se rend compte qu'elle est injustifiable et conclut que, malgré les possibles arguments de droit positif (art. 1.768 du Code Civil et 309 du Code de Commerce) qui pourraient justifier une telle identification, « il reste *quelques raisons* qui font continuer de considérer le contrat comme un dépôt et non un prêt (par exemple, la libre disponibilité en faveur du déposant, le fait qu'il a l'initiative du contrat, la modicité de l'intérêt etc.). »¹³ Chose curieuse, Joaquín Garrigues ne développe pas en détail ces raisons qu'il mentionne seulement en passant ; il essaie directement de construire la théorie fondée sur la réinterprétation du concept de disponibilité que l'on étudiera au paragraphe suivant. Cependant -et en raison de ce que nous savons depuis le chapitre I- il aurait été très intéressant de connaître ce que Garrigues aurait pu et dû dire à propos des arguments qui vont à l'encontre de l'identification des deux contrats, et que nous commentons dans les lignes qui suivent.¹⁴

¹³ Joaquín Garrigues, *Contratos bancarios*, op. cit., p. 363 (les italiques sont de moi).

¹⁴ On est surpris de la hâte du commercialiste espagnol le plus représentatif à tenter de justifier la pratique bancaire de la réserve fractionnaire en maintenant le concept de contrat de dépôt irrégulier ; il utilise -nous le verrons plus loin- le subterfuge consistant à redéfinir le concept de disponibilité, sans prendre la peine d'étudier les arguments qui rendent impossible l'identification du contrat de dépôt irrégulier et du contrat de prêt. C'est comme si Garrigues se rendait compte, finalement, que la redéfinition qu'il va proposer suppose le maintien implicite de l'identité du dépôt et du contrat de prêt (au moins du point de vue de celui qui le reçoit, c'est-à-dire du banquier). C'est pourquoi, présenter une argumentation détaillée contre l'identification du dépôt et du prêt ne l'intéresse pas, car elle se retournerait comme un boomerang contre la doctrine qu'il propose ensuite. Cette position est, par ailleurs, compréhensible chez un auteur aussi prestigieux, qui comptait parmi ses clients principaux les banques et les banquiers du pays ; il avait dû considérer sérieusement le danger auquel il soumettait son prestige et sa renommée universitaire en mettant en question la légitimité d'une

Différence de cause ou de motif des deux contrats

L'argument le plus important et définitif en faveur de la distinction entre le contrat de dépôt irrégulier et le contrat de prêt ou mutuum tient à la différence essentielle de *cause* ou *motif* qui les sépare. Il s'agit d'une raison fondamentale de nature juridique (se rattachant à la *cause*¹⁵ des contrats) intimement liée, à son tour, au *motif* subjectif¹⁶ pour lequel les parties décident de passer tel ou tel contrat. *Il y a donc une symbiose parfaite entre la conception subjectiviste sur laquelle se fonde la théorie économique moderne¹⁷ et le point de vue juridique qui s'attache surtout aux différentes fins subjectives ou objectives retenues par les parties lors de la passation de tel ou tel contrat.*

Nous avons étudié au chapitre I les différences essentielles et incontournables existant entre le contrat de dépôt irrégulier de monnaie et le contrat de prêt (ou mutuum) d'argent. Or, on pourrait réduire toutes ces différences à la différence de cause ou motif existant entre les deux contrats. Car, de même qu'il y a toujours, dans le prêt, échange de biens présents (dont le prêteur perd la disponibilité) contre des biens futurs (que l'emprunteur devra lui remettre sous forme d'intérêt comme rétribution pour la perte inexorable de la disponibilité des biens présents transmis du prêteur à l'emprunteur), dans le cas du dépôt irrégulier de monnaie la fin ou cause du contrat est radicalement

institution aussi puissante, enracinée dans la pratique et soutenue par les autorités publique que le commerce bancaire fondé sur un coefficient de réserve fractionnaire. En outre, à l'époque où Garrigues exerçait son activité doctrinale, il ne pouvait compter que sur l'appui de la théorie économique qui, perdue au milieu des doctrines keynésienne (voir note 20), justifiait n'importe quel système, aussi expéditif fût-il, d'expansion de crédit ; car on considérait à tort que cela favoriserait le développement de l' "activité économique". Durant cette période de stérilité doctrinale en matière de théorie économique, la seule défense qui restait aux processus d'interaction sociale face à la pratique bancaire aurait été le maintien dogmatique des principes fondamentaux du dépôt irrégulier ; mais, malgré cela, le secteur doctrinal majoritaire les appuya à peine, et ils furent rapidement abandonnés. Malgré toutes ces circonstances adverses, on retire de la lecture du traité de Garrigues et d'autres l'impression certaine qu'afin de justifier l'injustifiable, on fait les raisonnements et les acrobaties juridiques les plus poussées pour essayer de donner une apparence juridique à une activité qui n'est qu'un privilège anti-juridique accordé par le gouvernement.

¹⁵ Se rappeler, par exemple, le traitement juridique de la cause des contrats dans Jean Dabin, *La teoría de la causa*, op. cit.

¹⁶ Pour Antonio Gullón, "*l'assimilation du dépôt irrégulier et du mutuum n'est qu'un artifice qui s'oppose à la volonté réelle des parties*. Celui qui dépose de l'argent, par exemple, n'a pas l'intention d'accorder un prêt au dépositaire. Il recherche, comme dans le dépôt régulier, la garde de la chose et veut en avoir la disponibilité à n'importe quel moment. Précisément, il atteint mieux ces fins avec le dépôt irrégulier qu'avec le régulier, parce que, dans ce dernier, il s'expose à la perte par cas fortuit, perte qu'il supporte lui-même mais pas le dépositaire ; tandis que dans le dépôt irrégulier, ce dernier est débiteur de genre, ce qui, en tant que tel, ne périclète jamais" (les italiques sont de moi). Cité par José Luis Lacruz Berdejo, *Elementos de derecho civil*, vol. II, José María Bosch Editor, 3^e édition, Barcelone 1995, p. 270.

¹⁷ Cette conception subjectiviste est le fondement de la logique de l'action sur laquelle repose - d'après l'Ecole Autrichienne d'Economie fondée par Carl Menger- tout l'édifice de la théorie économique. Voir en ce sens mon article "Génesis, esencia y evolución de la Escuela Austríaca de Economía", publié dans Jesús Huerta de Soto, *Estudios de economía política*, Unión Editorial, Madrid 1994, pp. 17-55.

différente. Il n'y a pas ici d'échange de biens présents contre des biens futurs et le déposant n'a pas la moindre intention de renoncer à la disponibilité immédiate de la chose déposée. D'où l'élément essentiel dans le contrat de dépôt irrégulier n'est pas, comme dans le prêt, le transfert de la disponibilité, mais, au contraire, la garde ou surveillance du *tantundem* : elle constitue la cause juridique ou motif fondamental qui incite le déposant à passer le contrat. C'est pourquoi il n'y a pas de délai ; l'argent, au contraire, est déposé « à vue », c'est-à-dire qu'il est possible de le retirer à n'importe quel moment. Si l'on indiquait au déposant que son contrat est un prêt qu'il accorde au banquier et qu'il perd donc la disponibilité de la chose, jamais il ne passerait le contrat comme si c'était un dépôt, et il choisirait sans doute de garder son argent. Il n'y a donc aucun doute à avoir sur le fait que la cause -ou motif juridique- des deux contrats est radicalement différente, et que vouloir les mélanger est aussi difficile que mélanger l'huile à l'eau, étant donné la différence essentielle existant entre l'un et l'autre.

Les théoriciens qui prétendent identifier le contrat de dépôt irrégulier et le contrat de prêt ne se rendent pas compte qu'ils ignorent ainsi la véritable cause ou motif qui incite les contractants à s'engager. Et ils ont beau faire certaines manifestations plus ou moins creuses sur l'identité des deux contrats, ils finissent inexorablement par se heurter contre le même mur juridique : la différence essentielle et radicale de *cause* juridique entre les deux contrats. C'est pourquoi, ils peuvent tout au plus manifester que les deux parties intervenant dans le contrat de dépôt bancaire de monnaie pensent qu'elles réalisent des contrats « différents ». C'est-à-dire que *les déposants remettent l'argent comme s'il s'agissait d'un dépôt ; et les banquiers le reçoivent comme si c'était un prêt*. Mais quel est donc ce contrat qui présente deux causes juridiques radicalement différentes ? Autrement dit : comment se fait-il que chacune des parties puisse prétendre simultanément dans un même contrat conserver la disponibilité de la même quantité ?¹⁸ Parce qu'il est évident que les déposants souhaitent, quand ils donnent leur argent, conserver la pleine disponibilité de la chose donnée (dépôt « à vue »),¹⁹ tandis que la banque accepte le dépôt avec l'intention de ne pas conserver constamment le 100 pour cent du *tantundem*, mais d'utiliser la

¹⁸ Francisco Belda, dans la lignée de Luis de Molina et de Juan de Lugo, croit résoudre cette contradiction avec cette affirmation inutile et superficielle que "chacun des deux a parfaitement le droit de considérer l'opération sous l'aspect qui lui convient le mieux", sans s'apercevoir que l'existence d'une différence essentielle et d'une *contradiction* entre les causes qui incitent chaque partie à s'engager contractuellement rend le problème bien différent : il ne s'agit pas du fait que chacun considère le contrat comme il lui convient, mais que l'accomplissement de l'objectif ou cause de l'un (l'investissement de fonds par le banquier) rend impossible l'accomplissement effectif de l'objectif ou cause de l'autre (la garde, surveillance et disponibilité constante de l'argent). Voir Francisco Belda, S. J., "Ética de la creación de créditos según la doctrina de Molina, Lesio y Lugo", *Pensamiento*, op. cit., pp. 64 et 87. Voir aussi Florencio Oscáriz Marco, *El contrato de depósito: estudio de la obligación de guarda*, op. cit., note 83, p. 48.

¹⁹ Le fait que les déposants reçoivent parfois un intérêt n'affecte en rien la cause essentielle du dépôt (garde ou surveillance de l'argent). Car un déposant *naïf* à qui on offre un intérêt l'acceptera immédiatement s'il continue à avoir confiance dans son banquier. Mais si l'on est en présence d'un vrai dépôt, le déposant passera le contrat même s'il ne perçoit pas d'intérêts et doit, au contraire, payer les frais de garde, sans que ce fait fondamental soit dénaturé par la perception *contra naturam* d'un intérêt, qui indique seulement que les banquiers utilisent indûment l'argent déposé.

plus grande partie des dépôts pour ses prêts et ses affaires particulières. Joaquín Garrigues n'a pas manqué de souligner ce phénomène de la « double disponibilité », qui lui produit, naturellement un grand malaise et embarras juridique.²⁰ Pour Garrigues, en effet, la caractéristique la plus nette du dépôt bancaire dans sa version actuelle (qui n'exige pas un coefficient de caisse de 100 pour cent) consiste, justement, dans le fait qu'il existe *simultanément* une double disponibilité : en faveur de la banque et en faveur du client. Il ajoute que « c'est précisément à cause de cette *double disponibilité* que la configuration du contrat est difficile, parce que la disponibilité en faveur du déposant, caractéristique du dépôt, *s'harmonise mal* avec la disponibilité en faveur de la banque. »²¹ Je dirais plutôt que la configuration juridique du contrat n'est pas difficile, mais qu'elle est *juridiquement impossible*, étant donné la différence radicale de cause ou motif dans ces deux types d'acte juridique. Ce n'est pas que les deux disponibilités « s'harmonisent mal » l'une avec l'autre car, en réalité, elles s'excluent mutuellement de par leur essence.²² L'embarras de Garrigues est encore plus manifeste, lorsqu'il cite, en note²³, les sentences du Tribunal de Paris -étudiées au chapitre I- qui défendent l'obligation stricte de garde et le coefficient de caisse de 100 pour cent et que Garrigues qualifie d'« affirmations surprenantes ». Ce qui est réellement surprenant c'est que Garrigues ne s'aperçoive pas que sa *propre analyse* oblige fatalement à conclure que les deux contrats sont différents et qu'il n'est donc aucunement possible d'identifier le contrat de dépôt et celui de prêt. La façon dont Garrigues traite des contrats de dépôt bancaire de monnaie fait penser qu'il éprouve une sorte de « honte » à faire une analyse juridique si forcée pour justifier l'injustifiable ; à savoir, l'existence présumée d'un contrat de dépôt irrégulier de monnaie qui permette juridiquement, et selon les principes et la logique du droit, au banquier dépositaire de disposer librement de l'argent déposé ; autrement dit, qui

²⁰ Il est curieux de remarquer que les seuls fondements de théorie économique recueillis par Garrigues dans ses *Contratos bancarios* sont justement le *Treatise on Money* de Keynes, qu'il cite expressément au moins deux fois dans le texte principal (pp. 357 et 358) et dans deux notes de pied de page (pp. 352 et 357, notes 1 et 11). On ne peut pas s'étonner, avec de tels fondements théoriques, de l'embarras de Garrigues lorsqu'il traite du dépôt irrégulier ; il semble que sa fine intuition juridique le mène d'un côté (le correct) et ce qu'il lit dans le traité de Keynes le fasse aller dans un sens tout à fait différent.

²¹ Joaquín Garrigues, *Contratos bancarios*, op. cit., p. 367, (l'italique est de moi). Il est surprenant que Garrigues n'ait pas vu que la double disponibilité signifie, en termes économiques, que "it becomes possible to create a fictitious supply of a commodity, that is, to make people believe that a supply exists which does not exist". Voir William Stanley Jevons, *Money and the Mechanism of Exchange*, D. Appleton & Co., New York 1875 et Kegan Paul, Londres 1905, p. 210. A mon avis, faire croire au public qu'il existe un stock de bien fongible qui n'existe pas réellement est la preuve définitive de l'illégitimité de tout dépôt irrégulier (c'est-à-dire de biens fongibles) dans lequel on admet un coefficient de réserve (c'est-à-dire inférieur à 100 pour cent).

²² Garrigues conclut, avec son habituelle facilité d'expression, que dans ce contrat "la banque dispose de l'argent comme s'il lui appartenait, et le client dispose de l'argent bien qu'il ne lui appartienne pas". La solution de ce paradoxe apparent est très simple, parce que, même si le client n'est plus propriétaire de l'argent, il conserve le droit d'exiger du banquier la garde ou surveillance constante du *tantundem*, c'est-à-dire un coefficient de caisse de 100 pour cent ; cela, en accord avec la nature juridique ontologique et essentielle du contrat de dépôt irrégulier de monnaie, exposée au chapitre I. Voir Joaquín Garrigues, *Contratos bancarios*, op. cit., p. 368.

²³ Joaquín Garrigues, *Contratos bancarios*, op. cit., pp. 367-368 note 31.

autorise l'exercice de l'activité bancaire avec un coefficient de réserve fractionnaire.

Théorie de l'accord tacite ou implicite

Il ne semble pas non plus qu'on puisse accepter l'argument selon lequel l'article 1.768 du Code Civil établit une espèce d' « accord tacite » ou implicite, dans les contrats de dépôt irrégulier, en vertu duquel les déposants autoriseraient le banquier dépositaire à utiliser l'argent qu'ils déposent. D'abord, parce que l'article 1.768 dit « se servir de la chose déposée ou l'utiliser », et l'on sait que la faculté d'utiliser ne transforme pas le contrat de dépôt de monnaie en un contrat de dépôt irrégulier, mais que celui-ci apparaît chaque fois que le dépôt consiste en une chose fongible qui, de par sa propre nature, ne peut pas être individualisée ; on peut alors considérer qu'il se produit un certain transfert de la propriété et, donc, du droit d'utilisation en faveur du dépositaire. On a vu, cependant, qu'il fallait entendre ce transfert de la propriété et du droit d'utilisation dans un sens simplement *générique*. S'il est impossible de suivre la piste des unités individuelles remises, on peut considérer sans aucun doute qu'il y a transfert de la propriété et du droit d'utilisation de ces choses spécifiques ; mais cela est, naturellement, tout à fait compatible avec l'exigence du maintien constant d'un coefficient de caisse de 100 pour cent, c'est-à-dire avec l'exigence du maintien constant du *tantundem* à la disposition du déposant ; celle-ci constitue l'obligation essentielle du banquier dépositaire et elle est le fondement de la cause essentielle du contrat de dépôt. Autrement dit, ce n'est pas le transfert du droit d'utilisation qui détermine la nature caractéristique et essentielle du contrat de dépôt irrégulier, mais la fongibilité de la chose déposée et la fin poursuivie lors de la passation du contrat. Il peut y avoir transfert du droit d'utilisation sans qu'il y ait dépôt irrégulier ; c'est ce qui se produit, par exemple, dans le contrat de mutuum dont la cause -ou motif- juridique est absolument différente (transfert non seulement de la propriété et de l'utilisation, mais aussi de la disponibilité de la chose que le prêteur perd simultanément). Par conséquent, et comme le remarque Coppa-Zuccari, il est à la fois superflu et inexact d'invoquer une prétendue autorisation (expresse ou tacite) du déposant pour transformer le contrat de dépôt irrégulier en un prêt ou mutuum. Superflu dans la mesure où tout contrat de dépôt irrégulier suppose, de par sa propre nature, le transfert de la propriété et du droit d'utiliser la chose (compatible, naturellement, avec l'obligation essentielle de maintenir en caisse le 100 pour cent du *tantundem*). Et inexact, car, bien qu'il y ait transfert du droit d'utiliser la chose, cela ne modifie en rien la cause originelle du contrat ; cause qui n'est autre que la garde du *tantundem* remis.²⁴ De fait, on peut concevoir trois possibilités logiques pour la prétendue autorisation, expresse ou tacite, d'utiliser la chose.

On peut, tout d'abord, considérer que l'immense majorité des déposants *ne sont pas conscients* du fait qu'en déposant leur argent dans une banque ils autorisent, en même temps, la banque à utiliser cet argent pour son propre

²⁴ Pasquale Coppa-Zuccari, *Il deposito irregolare*, op. cit., p.132.

compte et ses affaires particulières. On peut affirmer que l'immense majorité des déposants réalisent leurs dépôts à vue en estimant de bonne foi qu'ils effectuent véritablement un contrat de dépôt irrégulier, dont le but essentiel est de transférer la garde de leur argent au banquier. En même temps, et dans tous les cas, le banquier reçoit l'argent comme s'il s'agissait d'un prêt ou mutuum ; c'est-à-dire en considérant que la disponibilité de la chose lui est intégralement transférée et qu'il peut donc l'utiliser pour ses affaires particulières. Il est évident que la cause -ou motif- de l'acte juridique que réalise chacune des parties ne coïncide pas avec celle de l'autre partie : l'une s'engage et remet son argent en croyant qu'il s'agit d'un dépôt, et l'autre le reçoit et l'investit comme si c'était un prêt. On se trouve donc face à un cas évident d'*error in negotio*, erreur qui touche à la nature du contrat et produit sa nullité absolue.²⁵ Cette conclusion peut paraître extrême ou disproportionnée à beaucoup, mais il paraît difficile de conclure autrement, si l'on raisonne en utilisant les principes juridiques inhérents aux contrats que nous analysons.²⁶

Supposons, deuxièmement, qu'un certain nombre de clients des banques (ou admettons même qu'il s'agisse de tous) effectuent le contrat de dépôt en sachant et en acceptant pleinement qu'une grande part de l'argent déposé sera utilisée par les banques sous forme d'investissements, prêts, etc. Cette connaissance et prétendue autorisation ne diminue en rien la fin ou cause essentielle du contrat pour ce deuxième groupe de clients ; elle consiste, ici aussi, dans la remise de leur argent pour qu'il soit gardé, c'est-à-dire dans la réalisation d'un contrat de dépôt irrégulier de monnaie. Il faut donc considérer, du point de vue technique et juridique, que, dans ce deuxième cas, le contrat que ces déposants croient avoir effectué est *impossible*. Il en est ainsi parce qu'en acceptant de la transférer au banquier, les déposants perdent pour eux-mêmes la disponibilité, qui est précisément la cause ou fin essentielle du contrat. La théorie économique nous montrera, en outre, au chapitre IV, qu'il est *impossible* d'assurer dans la pratique, par la souscription massive de contrats et la « loi des grands nombres », que tous ceux qui désirent la restitution intégrale de leurs dépôts puissent être satisfaits, si l'on utilise un coefficient de réserve fractionnaire. Nous ne pouvons pas avancer ici les détails de notre thèse, qui se fonde sur la reconnaissance du fait que le système bancaire actuel engendre des crédits sans l'appui d'épargne réelle ; ceux-ci encouragent le mauvais investissement des ressources et ont pour effet l'investissement erroné d'actifs entrepreneuriaux qui sont sans valeur ou ont une valeur réduite et ne sont donc pas capables d'équilibrer les comptes de dépôt correspondants dans les bilans bancaires ; cela favorise l'insolvabilité des banques et, en particulier, leur incapacité à faire face à leurs engagements (si elles ne reçoivent pas l'appui extérieur de la banque centrale).

²⁵ Voir Francisco Hernández-Tejero Jorge, *Lecciones de derecho romano*, op. cit., pp. 107-108. L'auteur donne l'exemple suivant, parfaitement applicable à notre hypothèse : "Si une personne donne une chose en dépôt à une autre personne et que celle qui la reçoit croit qu'il s'agit d'un mutuum ou prêt, il n'y aura ni dépôt ni prêt."

²⁶ Et tout cela sans qu'il soit nécessaire d'alléguer que l'autorisation de faire usage de la chose ne se présuppose pas, mais doit être démontrée dans chaque cas. Il semble que cette démonstration soit difficile à faire pour la plupart des contrats de dépôt à vue effectués par les particuliers.

En admettant qu'on puisse appliquer la « loi des grands nombres » dans la pratique bancaire, il est évident, en outre, que le contrat de dépôt avec réserve fractionnaire deviendrait un contrat *aléatoire*,²⁷ dans lequel l'exécution de la prestation de la part de la banque serait, en tout cas, incertaine : elle dépendrait des circonstances particulières de chaque cas concret. Le caractère aléatoire du contrat est lié, précisément, au fait que l'on considère possible qu'un pourcentage de déposants, supérieur au coefficient de caisse maintenu, prétendent retirer leurs dépôts et se trouvent, donc, frustrés ; ainsi, les premiers pourront retirer leurs dépôts et, à partir d'un certain nombre, les suivants ne le pourront plus. Il ne semble pas que le but des déposants, même dans cette seconde hypothèse, soit de réaliser un contrat aléatoire soumis au hasard qui vient d'être mentionné. C'est pourquoi, il est plus logique de conclure que, dans cette seconde hypothèse, ou bien le contrat n'existe pas, puisque son objet est impossible (il est impossible que le banquier dépositaire puisse faire face, en toute circonstance, à ses engagements s'il ne maintient pas un coefficient de caisse de 100 pour cent), ou bien la prétendue autorisation donnée par les déposants n'a pas d'effectivité juridique ; car la cause essentielle continue d'être la garde de la chose, et celle-ci exige inéluctablement et obligatoirement la garde de l'intégralité du *tantundem*.²⁸

Il existe une incompatibilité naturelle entre la constitution d'un contrat de dépôt irrégulier légitime, dont la cause consiste dans la garde de la chose déposée, et l'autorisation faite aux dépositaires d'utiliser pour leur propre bénéfice l'argent déposé. Ceux-ci, les banquiers, reçoivent des fonds qu'ils s'engagent à restituer immédiatement à la demande des titulaires de comptes courants, mais, une fois ces fonds reçus, ils font des investissements, accordent des prêts et font des affaires qui les immobilisent et, en fait, empêchent souvent leur restitution immédiate. Peu importe, donc, la prétendue autorisation, expresse ou tacite, d'utilisation des fonds accordée aux banquiers, si la cause essentielle du contrat -le dépôt de l'argent en vue de sa garde- reste inchangée. Dans ce cas, la prétendue autorisation serait insignifiante, étant incompatible avec l'objet du contrat et, donc, *aussi nulle et dépourvue d'efficacité, du point de vue juridique, que tout contrat où l'une des parties autoriserait l'autre à la tromper ou accepterait par écrit l'automystification à son propre préjudice*. Car un contrat de dépôt irrégulier dans lequel on accepte que le dépositaire utilise pour son propre bénéfice une partie des fonds reçus en dépôt, n'est -comme l'a justement remarqué le grand civiliste Felipe Clemente de Diego- qu'une *aberration juridique*, en totale contradiction avec les principes universels du droit. Il est indubitable, pour cet auteur, que ce contrat « présente l'inconvénient de nous faire découvrir un monstre qui, en tant que tel, ne sera pas viable en Droit ; il est comparable aux créatures engendrées avec des déviations fondamentales de la nature humaine (*monstrua prodigia*), auxquelles le Droit romain n'accordait pas

²⁷ Sur les contrats aléatoires, voir Manuel Albaladejo, *Derecho civil II, Derecho de obligaciones*, vol. I, *La obligación y el contrato en general*, op. cit., pp. 350-352. Il faut souligner que la nature aléatoire d'un contrat de dépôt irrégulier de monnaie avec réserve fractionnaire et dans lequel se vérifie "loi des grands nombres" (ce qui est, par ailleurs, impossible) n'est qu'un argument secondaire et subsidiaire par rapport aux autres arguments que nous exposons à l'encontre d'un tel contrat.

²⁸ Rappelons que Saravia de la Calle condamne les déposants qui traitent avec des banquiers, sachant qu'ils vont utiliser leur argent pour leurs affaires particulières. Voir chapitre II

la personnalité juridique, ce dont s'est inspiré le Code Civil espagnol, sous une forme plus atténuée, dans son article 30 : 'Sur le plan des effets civils, seul sera réputé *né* le foetus qui aura *figure humaine*...' Car à tout être correspond une nature propre, la sienne, et quand celle-ci n'est pas en lui mais est empruntée à d'autres êtres auxquels il est plus ou moins semblable, il semble que sa nature propre le fuie, s'échappe de lui et ne l'enveloppe plus, et le réduise à devenir un être hybride, monstrueux, presque un non-être. »²⁹ Il paraît, certes, impossible d'exprimer plus brièvement et mieux l'incompatibilité essentielle et la contradiction logique insoluble existant entre le contrat de dépôt irrégulier de monnaie et le contrat de prêt. C'est pourquoi Clemente de Diego conclut en critiquant le « désir de convertir cette opposition radicale (entre dépôt irrégulier et prêt) en une unité que formerait un nouveau contrat, qui ne serait ni l'un ni l'autre, mais, en revanche, les deux en même temps ; chose impossible étant donné l'incompatibilité exclusive de leurs termes ». Ce qui n'est pas possible n'est pas possible et est, en outre, ontologiquement impossible.

Il faut indiquer, en guise de commentaire final à cette deuxième possibilité, que la contradiction est si évidente que les banquiers ne veulent jamais expliciter exactement, dans les contrats, les conditions générales et les formulaires des opérations qu'ils réalisent, quelle est la nature du contrat, de l'obligation de garde qu'ils assument, et si le déposant les a autorisés ou pas à investir les dépôts pour leur propre bénéfice. Tout cela est exprimé de façon très vague et confuse, de sorte qu'on peut alléguer, sans témérité, que le consentement complet et parfait des déposants fait défaut, parce que le contrat, ambigu complexe et obscur, place une barrière opaque devant le client, qui croit de bonne foi effectuer un véritable contrat de dépôt. Car, si la valeur et l'efficacité de la tradition ou remise de la chose dépend de l'acte ou titre avec lequel elle se réalise, l'importance de préciser le contenu de l'acte -ou contrat- par son nom, de bien établir ses conditions et de bien faire connaître aux parties leurs effets en droit est évidente. Le fait de ne pas éclaircir ces aspects ou mal les préciser suppose une ambiguïté évidente de la part des banquiers ; ses possibles conséquences juridiques défavorables devraient retomber sur ceux-ci et non pas sur la partie qui a passé le contrat de bonne foi et croyait que son but principal ou cause était la garde de l'argent déposé.

Enfin et troisièmement, on peut envisager que les déposants, s'ils le désirent vraiment, modifient leur intention première et transforment le contrat, originellement de dépôt de monnaie, en un contrat de mutuum ou prêt, dans

²⁹ "Dictamen del señor de Diego (Felipe Clemente)", dans *La cuenta corriente de efectos o valores de un sector de la banca catalana y el mercado libre de valores de Barcelona*, op. cit., pp.370-371. Il est vrai que Felipe Clemente de Diego prononça ces paroles en réponse à l'argument des banquiers qui voulaient défendre la validité du contrat de dépôt irrégulier de titres valeurs avec un coefficient de réserve fractionnaire et dans lequel la pleine disponibilité des dépôts serait accordée au banquier dépositaire, comme dans le contrat de dépôt irrégulier de monnaie. Mais, comme nous l'avons indiqué ailleurs, les arguments favorables ou hostiles à une institution ou à l'autre sont identiques, puisqu'on se trouve, dans les deux cas, face à un contrat de dépôt irrégulier de biens fongibles, dont la nature juridique, la cause, l'objet et les circonstances sont les mêmes. Pasquale Coppa-Zuccari souligne également la nature contradictoire du contrat de dépôt bancaire de monnaie qui, tel qu'il a été "légalisé" par les gouvernements, n'est ni un dépôt ni un prêt, "La natura giuridica del deposito bancario", *Archivio giuridico "Filippo Serafini"*, vol. IX (nouvelle série), Modène 1902, pp. 441-472.

lequel ils acceptent de perdre la disponibilité de la chose et de la transférer au banquier, durant un certain délai et contre un intérêt. Il se produirait alors une véritable *novation* du contrat, qui cesse d'être un dépôt irrégulier pour devenir un prêt ; novation qui serait soumise aux dispositions générales du droit sur ce genre de modifications contractuelles. C'est une possibilité juridique parfaitement légitime, mais très peu utilisée en pratique. En outre et paradoxalement, les novations auxquelles on assiste dans la pratique bancaire se font généralement en sens contraire. C'est-à-dire que ce qui était, sans aucun doute, à l'origine un contrat de prêt, même s'il s'appelait « dépôt à terme », -car il impliquait la transmission véritable de la disponibilité de la chose au banquier pendant un certain délai- se transforme souvent, dans la pratique bancaire, en dépôt irrégulier, par le biais de la novation correspondante. C'est ce qui se passe lorsque les banquiers offrent *sotto voce* ou publiquement, par écrit ou verbalement, et dans le but de conserver ou augmenter la captation de passifs, la possibilité au titulaire du compte « à terme » de retirer le montant de son dépôt à *n'importe quel moment*, sans pénalisation financière ou très légère. Nous estimons que, dans la mesure où ces dépôts « à terme » (qui sont apparemment des prêts) ont été faits par leurs titulaires dans le but subjectif et primordial de donner le dépôt en garde, l'on se trouverait face à un cas très net de « dépôt » à terme ; dépôt qui, d'un point de vue juridique, est indiscutablement un mutuum ou prêt, capable de se nover ou de se transformer en un dépôt irrégulier de monnaie en vertu d'un accord postérieur et exprès des parties.³⁰ On ne peut donc pas identifier le contrat de dépôt irrégulier de monnaie et le contrat de prêt. Ils sont essentiellement incompatibles et l'existence de l'opération bancaire de dépôt à vue avec réserve fractionnaire ne peut s'expliquer, bien qu'elle soit un « monstre » ou une « aberration juridique », que dans la mesure où elle a été d'abord acceptée et ensuite délibérément légalisée par le pouvoir politique.³¹ Cependant, l'utilisation, dans la pratique, d'un modèle juridique aussi « monstrueux » -comme le dit Clemente de Diego- a forcément des conséquences économiques et sociales négatives. Nous expliquerons dans les prochains chapitres pourquoi le système bancaire de réserve fractionnaire est responsable des crises et des récessions récurrentes qui affectent le système économique ; c'est là un argument supplémentaire à l'encontre de la légitimité du contrat de dépôt bancaire, même si l'accord entre les parties était parfait. Cela explique, en plus, l'impossibilité de garantir à tout moment la restitution de ces dépôts sans la création d'une superstructure de caractère public, appelée banque centrale qui, après avoir monopolisé l'émission de papier-monnaie et établi son cours forcé, garantit la

³⁰ Nous ne partageons pas l'opinion doctrinale qui considère que, d'un point de vue juridique, les "dépôts" à terme ne sont pas des prêts, car ils réunissent, aussi bien sur le plan économique que juridique, toutes les conditions essentielles du prêt, examinées au chapitre I. Il faut citer, parmi les auteurs qui défendent cette idée, José Luis García-Pita y Lastres et son étude sur "Los depósitos bancarios de dinero y su documentación", op. cit., et en particulier les pp. 991 et s. ; ses arguments en la matière ne sont pas très convaincants.

³¹ C'est-à-dire que le système de réserve fractionnaire va contre les principes traditionnels du droit et ne se maintient que comme résultat d'un acte coercitif d'intervention inclus dans une législation privilégiée de nature administrative ; législation dont d'autres agents économiques ne peuvent pas profiter, et qui déclare expressément la légalité du maintien par les banquiers d'un coefficient de réserve fractionnaire (art. 180 du Code de Commerce).

création de la liquidité nécessaire pour faire face aux besoins ponctuels de trésorerie des banques privées. Nous verrons au chapitre VIII que tout cela a provoqué l'apparition d'une politique monétaire centralisée condamnée en définitive, à l'échec, pour les mêmes raisons que celles qui expliquent l'impossibilité théorique de coordonner la société par voie d'ordres coercitifs (socialisme et interventionnisme). En effet, les banques centrales et la politique monétaire des gouvernements sont les principales responsables de l'inflation chronique qui affecte, à des degrés divers, les économies occidentales ; et aussi des étapes successives et récurrentes d'expansions artificielles et de récessions économiques qui font tant de mal. Mais poursuivons, pour l'instant, notre analyse juridique.

3

UN FAUX-FUYANT : LA REDEFINITION DU CONCEPT DE DISPONIBILITÉ

La conviction des auteurs les plus qualifiés de l'impossibilité d'harmoniser deux contrats aussi incompatibles que le dépôt irrégulier de monnaie et le prêt, unie au fait que la plupart des contrats dont vit le secteur actuel sont des dépôts à vue (donc, des contrats irréguliers de monnaie), a conduit à l'élaboration de constructions juridiques alternatives ; cela, afin de rendre compatibles l'existence du contrat de dépôt irrégulier et l'exercice de l'activité « traditionnelle » de la banque, c'est-à-dire avec un coefficient de réserve fractionnaire. On a prétendu résoudre cette contradiction en « redéfinissant » le concept de disponibilité. Un secteur de la doctrine, en effet, estime qu'il n'est pas nécessaire d'entendre le terme disponibilité au sens strict (coefficient de caisse de 100 pour cent ou maintien constant du *tantundem* à la disposition du déposant), mais qu'on pourrait l'entendre dans un sens « large » ; il désignerait la solvabilité « générique » de la banque ou sa capacité à faire face à ses engagements, son attitude « prudente » dans les investissements afin d'éviter des spéculations malheureuses et les pertes consécutives, le maintien de coefficients de liquidité et d'investissements adéquats ; il désignerait aussi, en somme, l'application d'une méticuleuse législation administrative, de type bancaire, qui, unie au prétendu fonctionnement de la « loi des grands nombres » en matière d'ouverture et de retraits de dépôts à vue, pourrait garantir, en dernier ressort, la parfaite exécution des engagements concernant la restitution, à tout moment, de l'argent des déposants.

Ainsi, Garrigues prétend que l'obligation de disponibilité, « se transforme en une obligation de diligence consistant dans l'utilisation prudente et attentive des quantités reçues, afin d'être toujours en mesure de les restituer au client ».³² Il ajoute, dans le même sens que Lalumia, que le dépositaire ne

³² Joaquín Garrigues, *Contratos bancarios*, op. cit., p. 375.

serait pas « obligé de conserver le *tantundem* de la somme déposée, mais seulement de l'utiliser prudemment et en liquide, afin d'être toujours en mesure de la restituer quand on la lui réclamerait ». ³³ De sorte que la banque s'acquitterait de son obligation en gardant dans ses caisses l'argent suffisant pour satisfaire les demandes « probables » de ses clients ; Garrigues en déduit que « l'élément de la garde est remplacé, dans le dépôt bancaire, par l'élément technique du calcul des probabilités en matière de retrait des dépôts. Ce calcul des probabilités repose, à son tour, sur le caractère d'opérations en masse que présentent les dépôts bancaires. » ³⁴

Il est très significatif que Garrigues reconnaisse que toute cette doctrine « se voit obligée de remplacer le concept traditionnel de garde par un concept *ad hoc*, dont la solidité est plus que douteuse ». ³⁵ Car Garrigues a raison de considérer que cette réinterprétation du concept de disponibilité est « forcée » (bien qu'il finisse lui-même par l'accepter). Il est indéfendable, en effet, de prétendre que la seule obligation de garde, dans le contrat de dépôt irrégulier, consiste à utiliser les ressources « avec prudence », de façon à préserver constamment la solvabilité nécessaire pour payer. L'utilisation prudente des ressources est un principe à observer pour toute action humaine et, en particulier, dans tout contrat de *prêt* (et pas de dépôt) dans lequel on utilise des ressources à restituer à l'expiration d'un certain délai, si on a l'intention de remplir cette obligation (sens du terme *solvabilité*). ³⁶ Mais, dans le contrat de dépôt irrégulier, la cause est autre que celle du contrat de prêt et on exige quelque chose de nettement différent : la surveillance -ou garde- permanente de la chose. De telle sorte que, si les déposants vont retirer leurs dépôts alors que la banque manque de liquidité, on *force* des contractants (les déposants), qui ont

³³ *Ibidem*, p.365.

³⁴ Joaquín Garrigues, *Contratos bancarios*, op. cit, p. 367. José Luis García-Pita y Lastres défend la même thèse dans son étude sur "Los depósitos bancarios de dinero y su documentación", op. cit., dans laquelle il conclut que "les choses étant ce qu'elles sont, au lieu de considérer la 'disponibilité' comme le simple droit à réclamer la restitution immédiate, on devra l'envisager comme un ensemble de comportements et d'activités économique-financières tendant à rendre possible la restitution" (p.990) ; également, dans son étude "Depósitos bancarios y protección del depositante", en *Contratos bancarios*, op. cit., pp. 119-266. Eduardo María Valpuesta Gastaminza se prononce dans le même sens : "la banque n'est pas obligée de garder le bien déposé, mais la garde se transforme plutôt en une obligation d'administrer avec prudence ses ressources, les siennes propres ou celles d'autrui, et d'en disposer dans le cadre de normes administratives coercitives (niveau de risques supportables, coefficient de caisse, etc.)" Voir "Depósitos bancarios de dinero : libretas de ahorro" dans *Contratos bancarios*, Enrique de la Torre Saavedra, Rafael García Villaverde y Rafael Bonardell Lenzano (éd.), editorial Civitas, Madrid 1992, pp. 122-123. La même doctrine a été récemment défendue en Italie par Angela Principe dans son ouvrage *La responsabilità della banca nei contratti di custodia*, Editorial Giuffrè, Milan 1983. Il faut enfin citer le travail sérieux et mis à jour de Pedro Luis Serrera Contreras, *El contrato de depósito mercantil*, Marcial Pons, Madrid 2001, en particulier pp. 120-147.

³⁵ Joaquín Garrigues, *Contratos bancarios*, op. cit., p. 365.

³⁶ Et cela sans qu'il soit besoin d'alléguer que le critère standard de "prudence" n'est pas applicable au cas qui nous occupe : une banque peu "prudente" peut faire des spéculations réussies et conserver sa solvabilité. Et, à l'inverse, un banquier très "prudent" peut être très atteint par la crise de confiance systématique qui se manifeste inéluctablement après le *boom* artificiel qu'engendre, justement, la pratique du système bancaire de réserve fractionnaire. La prudence ne sert donc pas à grand-chose, si l'on viole la seule condition qui puisse garantir, en toute occasion, le respect des engagements de la banque (coefficient de caisse de 100 pour cent).

passé leur contrat en recherchant essentiellement la garde et la disponibilité immédiate, à se transformer en quelque chose de très différent : ils deviennent des *prêteurs forcés*, qui perdent la disponibilité immédiate de leurs biens, et sont obligés, contre leur volonté, d'attendre assez longtemps que se réalise, plus ou moins bien, la liquidation de la banque, avant de pouvoir être payés.

Si les concepts de solvabilité et d'utilisation prudente des ressources ne sont pas suffisants pour modifier le contenu essentiel de la disponibilité dans le contrat de dépôt irrégulier, on pourrait penser que le problème peut, au moins, se résoudre à l'aide du calcul des probabilités et de la « loi des grands nombres » que citait Garrigues. Cependant, on a démontré plus haut que, même s'il existait une régularité statistique permettant le calcul des probabilités dans ce domaine (dans les prochains chapitres montreront que ce n'est pas le cas), le contrat cesserait, en tout cas, d'être un dépôt pour devenir un contrat aléatoire ; contrat dans lequel la possibilité d'obtenir la restitution immédiate du dépôt dépendrait de la plus ou moins grande probabilité qu'un nombre suffisant de déposants retire à la fois leurs dépôts d'une banque concrète.

Nous montrerons, en tout cas, au chapitre V, qu'on ne peut pas appliquer le calcul *objectif* des probabilités aux actes humains en général et, en particulier, à ceux qui concernent le dépôt irrégulier. Cela, parce que l'institution, juridiquement contradictoire, du dépôt irrégulier sans obligation de garde -c'est-à-dire avec réserve fractionnaire pour la banque- engendre par elle-même des processus économiques qui font que les prêts et les investissements faits par les banques sur les dépôts qu'elles s'approprient ou créent, sont généralement erronés, car ils sont financés, en dernier ressort, par une expansion du crédit sans augmentation préalable de l'épargne réelle. Cela provoque inéluctablement l'apparition de crises économiques et la diminution de la solvabilité des banques et de la confiance des déposants ; d'où le retrait massif de dépôts. Tout théoricien des assurances sait que les conséquences d'un événement, qui ne soient pas totalement indépendantes de l'existence de l'assurance, ne sont pas, pour des raisons de « risque moral » (*moral hazard*), techniquement assurables. Nous montrerons donc, dans les prochains chapitres, que le système bancaire de réserve fractionnaire (c'est-à-dire basé sur un dépôt irrégulier de monnaie pour lequel on ne conserve pas en caisse l'intégralité du *tantumdem*) engendre *de manière endogène*, et de façon inévitable et récurrente, des récessions économiques ; de telles récessions entraînent régulièrement la nécessité de liquider des projets d'investissement, de restituer des prêts et de retirer des dépôts en masse. Le système fondé sur le dépôt irrégulier avec réserve fractionnaire, cette institution qualifiée de « monstre » ou « aberration juridique » par Clemente de Diego, rend donc inévitable, à la longue, -et c'est là une des principales contributions de l'analyse économique faites à ce domaine du droit- l'insolvabilité des banquiers et leur incapacité à faire face à leur engagement de restituer les dépôts réclamés, même en maintenant un coefficient de caisse suffisamment élevé. C'est là la véritable raison pour laquelle l'immense majorité des banques privées qui ne respectaient pas l'obligation de garde du 100 pour cent, ont fini par faire faillite, jusqu'au

moment où elles ont exigé et obtenu la création d'une banque centrale,³⁷ prêteuse en dernier ressort, et disposée à leur accorder toute la liquidité nécessaire dans les divers moments d'embarras qu'engendre régulièrement le système de réserve fractionnaire.

C'est pourquoi, la redéfinition du concept de disponibilité est un saut dans le vide. D'une part, il ne change pas le fait que les banquiers continuent à recevoir des dépôts comme si c'étaient des prêts, et donc à en disposer pour leurs investissements et leurs affaires particulières, tandis que les déposants continuent d'effectuer les dépôts avec l'intention essentielle de transférer la garde de leur argent et d'en conserver la pleine disponibilité. Deuxièmement, du strict point de vue du droit privé et d'après les enseignements de la théorie économique, la directive générique d'utilisation « prudente » des ressources et d'application du « calcul des probabilités » non seulement n'est pas suffisante pour garantir, en toute circonstance, qu'un coefficient de réserve fractionnaire permet d'effectuer toutes les restitutions sollicitées, mais elle engendre inévitablement la perte de confiance dans les institutions bancaires et le retrait massif et extraordinaire de dépôts, processus qui se reproduit cycliquement. *Tout cela se trouve définitivement confirmé par le fait que l'institution bancaire n'a pas pu survivre avec un coefficient de réserve fractionnaire (c'est-à-dire en violant l'obligation stricte de garde) sans l'existence d'une banque publique centrale qui puisse, en établissant des normes de cours forcé et en obligeant à accepter le papier-monnaie, créer à partir de rien, la liquidité nécessaire dans les moments d'embarras.* Seule une institution juridiquement légitime peut se maintenir sur le marché sans besoin de privilèges ni d'appuis administratifs venant de l'Etat, et exclusivement grâce à l'utilisation volontaire de ses services par les citoyens, dans le cadre des normes abstraites du droit civil.

Il reste à examiner la redéfinition de la disponibilité, entendue comme l'application par les banques privées de tout le réseau de la législation administrative de nature bancaire, en échange de l'appui de la banque centrale, qui sert de prêteur en dernier recours. Cependant, cette exigence est également artificielle, et transporte le problème de l'impossibilité de définir juridiquement un contrat de dépôt bancaire avec réserve fractionnaire, du domaine juridique privé (où il est impossible d'harmoniser les deux choses), au domaine public ; c'est-à-dire à celui du droit administratif et du pur mandat volontariste *en vertu duquel le pouvoir politique peut rendre légale n'importe quelle institution, si monstrueuse qu'elle paraisse du point de vue juridique.* Il est curieux et paradoxal qu'on fasse dépendre tout le système financier de la supervision de l'Etat (qui a été historiquement le premier bénéficiaire des profits résultant de la violation de l'obligation de garde dans les contrats de dépôt de monnaie), car -Hayek l'a ainsi souligné- « l'histoire du traitement de l'argent par le gouvernement a été

³⁷ Rothbard décrit le rôle principal qu'ont joué les banquiers privés, en particulier J. P. Morgan, dans la création de la Réserve Fédérale Américaine et qu'il explique ainsi : "J. P. Morgan's fondness for a central bank was heightened by the memory of the fact that the bank of which his father Junius was junior partner -the London firm of George Peabody and Company- was saved from bankruptcy in the Panic of 1857 by an emergency credit from the Bank of England. The elder Morgan took over the firm upon Peabody's retirement, and its name changed to J. S. Morgan and Company." Murray N. Rothbard, *The Case Against the Fed*, op. cit., pp. 90-106. et en particulier la note 22 de la p. 93.

un exemple permanent de fraude et de déception. Les gouvernements se sont montrés, à ce sujet, beaucoup plus immoraux que n'importe quelle institution privée ayant pu proposer de l'argent compétitif. »³⁸ Hayek veut dire par là que, le réseau bancaire actuel semble, peut-être, pouvoir se maintenir malgré son inconsistance juridique, grâce au soutien de l'Etat et d'une institution bancaire officielle qui engendre la liquidité nécessaire pour la faire parvenir aux banques en difficultés (en échange de l'application de toute une législation administrative composée d'arrêtés et de circulaires innombrables et peu transparents) ; mais que les conséquences négatives, pour la coopération sociale, de la violation des principes traditionnels du droit de propriété sont, finalement, inéluctables. On pourra ainsi, par exemple, « garantir », au moins de façon nominale, la restitution des dépôts (bien qu'on maintienne un coefficient de réserve fractionnaire, si la banque centrale fournit l'appui nécessaire). *Mais on ne pourra pas garantir que le pouvoir d'achat des unités monétaires ne subira pas d'importantes variations* par rapport à ce qui été déposé originellement. De fait, il s'est produit, depuis la formation des systèmes monétaires modernes, chaque année et à des degrés semblables, une importante inflation chronique qui a diminué sérieusement le pouvoir d'achat de l'unité monétaire restituée aux déposants. Et cela, sans qu'il soit nécessaire de mentionner ici les effets d'incoordination sociale intra- et intertemporelle que le système financier actuel -fondé sur le coefficient de réserve fractionnaire pour la banque privée et sur la direction de la politique monétaire par une banque centrale- produit sur les économies modernes. Ils consistent dans la répétition d'étapes successives de *boom* artificiel et de récession économique avec de hauts pourcentages de chômage, qui nuisent tant au développement harmonieux et stable de nos sociétés.

On voit donc réapparaître, dans les domaines bancaire et monétaire, cette idée séminale de Hayek selon laquelle, chaque fois que l'on viole une règle traditionnelle de conduite, par le biais de la coercition institutionnelle directe du gouvernement ou par la concession, de sa part, de privilèges spéciaux à certaines personnes ou organismes, ou par une combinaison des deux (comme c'est le cas du dépôt irrégulier de monnaie avec réserve fractionnaire), il en résultera inexorablement, tôt ou tard, des conséquences nuisibles et non désirées, qui porteront un grave préjudice au processus social de coopération. La règle traditionnelle de conduite violée dans le cas de la banque est -nous l'avons vu dans ces premiers chapitres- le principe général du droit selon lequel la *garde*, cause ou élément essentiel de tout dépôt, doit se matérialiser, dans le dépôt irrégulier de monnaie, par l'exigence du maintien permanent de la réserve de l'intégralité de l'argent fongible déposé; en sorte que tout acte de disposition de cet argent et, en particulier, la concession de crédits sur ces fonds, suppose la violation de ce principe et, en somme, un acte illégitime d'appropriation indue. Les banquiers ont été tentés de bonne heure, au cours de l'histoire, de violer cette norme traditionnelle de conduite, et d'utiliser l'argent de leurs déposants pour leur propre bénéfice. Cela s'est fait, d'abord, d'une manière honteuse et secrète, car les banquiers avaient encore conscience qu'ils agissaient mal ; ils ne sont parvenus que plus tard à ce que la violation du

³⁸ F. A. Hayek, *La fatal arrogancia: los errores del socialismo*, Unión Editorial, Madrid 1990, p. 169.

principe général du droit se fasse légalement et ouvertement, lorsqu'ils ont obtenu du gouvernement le *privilège* d'utiliser l'argent de leurs déposants pour leur propre compte (généralement sous forme de crédits, souvent accordés d'abord au gouvernement). L'instrumentation juridique du privilège est grossière et résulte en général d'une simple disposition administrative qui donne, aux seuls banquiers, l'autorisation de maintenir un coefficient de caisse réduit.

Ainsi débute la relation de complicité et la coalition d'intérêts, aujourd'hui traditionnelle, entre gouvernements et banques ; elle explique les relations d'intime « compréhension » et de « coopération » existant entre ces deux types d'institutions et que l'on a constatées, jusqu'à nos jours, avec quelques nuances, dans tous les pays occidentaux et à presque toutes les instances. Car les banquiers et le gouvernement se sont vite aperçus que la violation des principes traditionnels du droit en matière de dépôt favorisait une activité financière très lucrative pour eux, mais qu'elle exigeait l'existence d'un prêteur en dernier ressort, ou banque centrale, qui fournisse la liquidité nécessaire dans les moments d'embarras, l'expérience ayant démontré qu'ils se répétaient. Les conséquences sociales négatives de ce *privilège* accordé aux banquiers (mais à aucun autre individu ou organisme) n'ont, cependant, pas été totalement comprises jusqu'à ce que les théories monétaire et du capital aient suffisamment progressé au sein de la science économique, et aient été capables d'expliquer l'apparition récurrente des cycles économiques. Les théoriciens de l'Ecole Autrichienne d'Economie, en particulier, ont montré que s'obstiner à poursuivre l'objectif théoriquement contradictoire (du point de vue juridico-contractuel et technico-économique) d'offrir un contrat comprenant des éléments essentiellement incompatibles, qui veuille combiner simultanément les avantages des contrats de prêt ou mutuum (et en particulier la possibilité de toucher des intérêts pour les « dépôts ») et ceux du contrat traditionnel de dépôt irrégulier de monnaie (qui doit permettre, par définition, son retrait à sa valeur nominale et à tout moment), produira, tôt ou tard, mais inéluctablement, des réajustements spontanés ; ils se feront, d'abord, sous forme d'expansions de l'offre monétaire (matérialisée par la création de crédits ne correspondant pas à un accroissement effectif de l'épargne volontaire), d'apparition de l'inflation, d'une mauvaise attribution généralisée des rares ressources productives de la société au niveau microéconomique et, finalement, de récession, de liquidation des erreurs dérivées de l'expansion de crédit et affectant la structure productive, et de chômage massif. Nous procéderons dans les prochains chapitres à l'étude de toutes ces questions du point de vue de la théorie économique. Cependant, il faut d'abord achever notre étude juridique par l'analyse d'autres institutions juridiques liées aux dépôts bancaires.

Pour conclure ce paragraphe, nous récapitulons dans le tableau suivant sept façons différentes de qualifier juridiquement le contrat de dépôt bancaire du point de vue de la logique immanente à l'institution (et non pas, naturellement, du point de vue du droit positif qui peut mettre légalement en vigueur n'importe quoi.

TABLEAU III-1

1. Il y a *tromperie* ou *fraude* : délit d'appropriation indue et le contrat est nul (origine historiquement viciée du dépôt bancaire avec réserve fractionnaire)
2. Il n'y a pas *tromperie*, mais il y a *error in negotio* : le contrat est nul
3. Il n'y a pas d'*error in negotio*, mais chaque partie maintient sa cause typique dans le contrat : le contrat est nul car les causes sont essentiellement incompatibles
4. Même si l'on accepte la compatibilité de causes incompatibles, le contrat est nul, car son exécution est impossible (en l'absence d'une banque centrale)
5. Argument subsidiaire : même si la « loi des grands nombres » se vérifiait (et elle ne se vérifie pas), ce serait un contrat aléatoire (ce ne serait ni un contrat de dépôt ni un contrat de prêt)
6. Le contrat se fait sur la base d'un arrêté administratif (*privilège*) et de l'appui d'une *banque centrale* qui a nationalisé la monnaie et fabrique de la liquidité.
7. Le contrat est nul, en tout cas, car il cause de graves préjudices à des tiers (crises économiques aggravées par la banque centrale), très supérieurs à ceux que cause le faux-monnayeur

4

DEPOT IRREGULIER DE MONNAIE, OPERATIONS AVEC PACTE DE RACHAT ET CONTRATS D'ASSURANCE-VIE

L'analyse de la nature juridique du contrat de dépôt irrégulier, développée dans ces trois chapitres, a le mérite de servir de guide sûr permettant d'aider à reconnaître, parmi la variété riche et dynamique des opérations juridiques du monde réel, les cas de véritables contrats de prêt, de dépôt irrégulier respectant l'obligation de garde, ou de contrats de nature contradictoire et même frauduleuse. Ce guide est important, car l'ingéniosité humaine est illimitée lorsqu'il s'agit de contourner les principes traditionnels du droit pour son propre bénéfice et au mépris et au préjudice des droits d'autrui. Et ce danger est spécialement grave quand les principes juridiques ne sont pas convenablement définis et défendus par l'autorité publique, surtout dans un domaine aussi abstrait et complexe que celui des finances.

Opérations avec pacte de rachat

Chaque fois qu'on propose, comme dans le dépôt de monnaie, la disponibilité immédiate de celle-ci afin d'en capter davantage,³⁹ et de l'utiliser dans des investissements, des affaires, etc., il faut être sur ses gardes, quelle que soit la forme juridique de l'opération. On peut ainsi mentionner, par exemple, certains contrats avec pacte de rachat, dans lesquels l'une des parties s'engage à racheter à l'autre, au moment où elle le sollicitera, le titre, le droit ou l'actif financier en question, à un prix *prédéterminé* et au moins égal à celui payé originellement pour le titre. On prétend, dans ces cas-là, dissimuler, au mépris de la loi, un véritable contrat de dépôt irrégulier de monnaie, dans lequel une des parties cherche essentiellement à s'assurer la disponibilité immédiate de la chose et l'autre à recueillir des ressources monétaires pour les investir dans différentes affaires. On se trouve, en somme, face à des opérations souvent même frauduleuses, dans lesquelles le « captateur » professionnel de fonds prétend encourager ses « clients » à remettre leurs disponibilités financières, de façon simple et peu risquée, en échange de la promesse essentielle de ne pas perdre la disponibilité de leur argent et de se le voir restituer à leur demande (en faisant jouer le « pacte de rachat »).

On se trouve dans un cas similaire lorsque, comme cela se produit souvent en pratique de façon plus ou moins explicite, une institution (une banque, par exemple) s'occupe systématiquement de maintenir ou « préserver » la valeur de ses actions en Bourse, à l'aide d'opérations financières qui font savoir sur le marché que l'achat des titres est « garanti » à des niveaux de prix déterminés. S'il en est ainsi, et dans la mesure où le public le croit, il s'agit à nouveau d'une opération qui, en définitive, fait naître un contrat de dépôt irrégulier par le biais de l'investissement en titres, valeurs ou actions, dont la liquidité sur le marché est implicitement et constamment « garantie » par une institution qui inspire confiance.⁴⁰ Il ne faut donc pas s'étonner que de nombreuses crises bancaires se soient dues, plus qu'à un retrait massif des dépôts, à la vente massive d'actions de la banque, que l'on supposait être un placement sûr de l'argent, dont la disponibilité immédiate était pratiquement garantie. Quand on commence à douter de la solvabilité de la banque, les titres représentatifs de sa propriété sont les premiers à se vendre en masse et cela empêche la banque de remplir son engagement implicite de maintenir la valeur des titres en Bourse. Ces ventes massives se doivent au fait qu'au moins jusqu'à maintenant l'appui indiscriminé des banques centrales, qui fournissent des liquidités aux banques privées dans l'embarras, ne s'est pas étendu au point de

³⁹ Le fait de « garantir », dans beaucoup d'opérations « irrégulières », la disponibilité permanente a pour but de convaincre le client qu'il n'est pas nécessaire d'y renoncer ni de faire le sacrifice qu'exige l'épargne ; cela facilite énormément la captation de fonds, surtout parmi les naïfs que l'on tente -comme dans toute duperie- en leur offrant la possibilité d'obtenir une haute rentabilité, sans risque ni sacrifice.

⁴⁰ On pourrait considérer, en poussant le raisonnement jusqu'au bout, que tout le marché boursier ferait naître de véritables dépôts si l'État garantissait, à tout moment, la création de la liquidité nécessaire pour maintenir les indices des prix en bourse, objectif et politique que les gouvernements et les banques centrales se sont souvent obstinés, pour des raisons d'image politique, à maintenir, au moins de façon ponctuelle, lors de crises boursières.

permettre le maintien *continu* de la cotisation des valeurs en Bourse ; et on constate qu'en définitive, les seuls « déposants » lésés au cours des dernières crises bancaires en Espagne et dans d'autres pays ont été les actionnaires.

L'on pourrait mentionner ici beaucoup d'autres cas « frontières ». Ainsi, par exemple, celui des sociétés financières ou de portefeuille, qui s' « engagent », afin d'encourager la souscription de leurs titres, à les racheter à leur prix initial, à la demande des titulaires ; et, en général, celui de toutes les opérations avec pacte de rachat, dans lesquelles le prix de rachat est prédéterminé et n'est pas le prix obtenu en vendant sur le marché secondaire correspondant.⁴¹ C'est donc au juriste et à l'économiste d'étudier l'opération économique-financière en question et de décider exactement, à l'aide des principes juridiques examinés dans ces trois premiers chapitres et des implications économiques étudiées dans les suivants, de quel type d'opération réelle il s'agit et quelles sont, par conséquent, sa véritable nature et ses conséquences.⁴² Cette analyse acquerrait, en outre, une importance de premier ordre si le système financier actuel, fondé sur le monopole d'une banque publique centrale, devait être, un jour, complètement privatisé et si l'on établissait un système de banque libre soumis aux principes généraux du droit. L'enchevêtrement actuel de normes administratives sur la banque serait alors remplacé par des dispositions légales simples, insérées dans les Codes Civil,

⁴¹ Les cessions temporaires avec pacte de rachat à vue sont un autre cas de véritables dépôts simulés ; elles se présentent comme un prêt du client à l'organisme bancaire avec la garantie de valeurs -normalement dette publique- au cas d'inexécution de l'emprunteur ; ce prêt produit un taux d'intérêt convenu jusqu'à une certaine date et il est remboursable, avant celle-ci, sur simple demande du "prêteur". Au cas d'annulation anticipée, le montant résultant de la liquidation se calcule en capitalisant, au taux d'intérêt convenu et jusqu'à la date de l'annulation, la quantité remise par le client. Pour le client, l'opération est la même qu'un prêt garanti par des valeurs et combiné à l'achat d'une option américaine. Une option est un contrat qui donne le droit, et pas l'obligation, d'acheter ou de vendre, à une date ou jusqu'à une date, une certaine quantité d'un actif. Dans le cas du droit d'acheter, l'option s'appelle *Call*, dans celui de vendre, elle s'appelle *Put* ; si le droit existe jusqu'à une certaine date, l'option est dite "américaine", si le droit existe pour une seule date, elle est dite "européenne". L'acheteur du droit compense la partie contraire, pour la cession du droit, par une prime remise au moment de la célébration du contrat. Le client du contrat exercera son option seulement si les taux d'intérêt des dépôts dont le terme est égal à l'échéance restante du sien sont supérieurs aux taux qui avaient été convenus. Il n'exercera pas l'option si les taux baissent, même s'il a besoin de liquidité, puisqu'il pourra normalement s'endetter en donnant la dette comme garantie, à un taux inférieur, pendant le délai restant. Certains organismes proposent même ces contrats en même temps que le service de caisse typique des comptes courants. La banque, en outre, utilise le contrat comme un moyen de spéculer sur des titres, puisque le public les lui finance et les résultats de la spéculation sont pour elle. Je remercie mon ami, le Professeur Ruben Manso pour les détails qu'il m'a fournis sur cette opération.

⁴² Il se pose aussi l'intéressante question de savoir comment déterminer, dans la pratique, le moment à partir duquel les prêts à très court terme se transforment en dépôts. Quoique la règle générale soit claire (l'intention subjective des parties doit prévaloir, et tout prêt échu se transforme en un dépôt qui exige un coefficient de caisse de 100 pour cent, tant qu'il n'est pas retiré), il est souvent nécessaire en pratique de fixer une limite temporelle (un mois ? une semaine ? un jour ?) en deçà de laquelle les prêts accordés à la banque doivent être réputés comme de véritables dépôts. Quant aux *instruments secondaires d'échange*, qui ne sont pas de la monnaie mais peuvent se liquider très facilement, raison pour laquelle ils s'achètent avec une prime supplémentaire sur le marché, il faut consulter Ludwig von Mises, *Human Action*, op. cit., pp. 464-467.

Pénal et de Commerce ; elles viseraient principalement à garantir le maintien du principe strict de garde (coefficient de caisse de 100 pour cent) non seulement pour les contrats de dépôt irrégulier de monnaie à vue, mais aussi pour toutes les opérations économique-financières dans lesquelles les parties rechercheraient avant tout la garde et la surveillance de leurs dépôts. Dans ces circonstances, aujourd'hui utopiques, l'analyse que nous proposons pour que juges et juristes puissent s'orienter au milieu des divers contrats et opérations apparaissant continuellement dans le monde économique et financier, présenterait un grand intérêt ; elle permettrait de savoir dans quels cas ces opérations seraient cataloguées ou non comme nulles et/ou criminelles par les dispositions générales civiles ou pénales.⁴³

En tout cas, il faut fuir l'attitude intentionnellement défaitiste fréquente dans le secteur financier. Elle consiste à penser que l'ingéniosité humaine sera capable de trouver des formules de plus en plus sophistiquées et originales pour frauder les principes universels du droit et qu'il sera donc impossible en pratique de les faire respecter. On doit s'écarter de cette attitude défaitiste, car la prolifération de manières habiles de violer ces principes est justement due au fait que les pouvoirs publics les ont définis et défendus, jusqu'ici, de façon très confuse, ambiguë et contradictoire ; en sorte qu'il n'existe pas de conscience générale de l'importance de leur application. Au contraire, les conceptions et les valeurs se sont tellement corrompues qu'on admet la légitimité des contrats de dépôt irrégulier de monnaie avec réserve fractionnaire. Si les principes juridiques généraux étaient à nouveau compris et respectés, les conduites irrégulières diminueraient de beaucoup (en particulier si les pouvoirs publics se souciaient, en plus, de contrôler et de défendre efficacement les droits de propriété correspondants). D'autre part, le fait que l'ingéniosité humaine cherche sans cesse de nouvelles façons de frauder ne diminue en rien l'importance transcendante de disposer de principes clairs, servant de guide pour le public et d'orientation dans l'activité, inéluctable pour les autorités, de définition et de défense du droit de propriété.

Le cas particulier des contrats d'assurance-vie

Le contrat d'assurance-vie est l'exemple type d'une institution juridique de vieille tradition, d'une essence et d'un contenu juridique très bien élaborés, et parfaitement établie sur une pratique actuarielle, économique et financière ; on a, cependant, voulu l'utiliser, récemment, pour réaliser des opérations très proches du dépôt irrégulier de monnaie avec coefficient de réserve fractionnaire, et cela au préjudice de l'évolution et de la traditionnelle solvabilité de l'assurance-vie, et en fraude des soi-disant « assurés-déposants » affectés.

Il faut tout d'abord bien comprendre, en effet, que le contrat d'assurance-vie n'a rien à voir avec le contrat de dépôt de monnaie. L'assurance-vie est un

⁴³ Dans le modèle que nous proposons et que l'on étudiera plus en détail au dernier chapitre, le contrôle de la banque centrale et de ses fonctionnaires serait remplacé par le juge, qui récupérerait ainsi son prestige et son rôle principal, en appliquant les principes généraux du droit même en matière financière.

contrat aléatoire, par lequel une des parties, le preneur d'assurance, s'engage à payer la *prime* ou prix de l'opération, en échange de quoi l'autre partie ou compagnie d'assurance s'engage à payer certaines prestations au cas de décès ou de survie de l'assuré dans un délai fixé par le contrat. Il y a donc perte totale pour l'assuré de la disponibilité des primes qu'il paye,⁴⁴ disponibilité qui est entièrement transférée à l'assureur ; de sorte que toute assurance-vie suppose un échange de biens présents et certains contre des biens futurs et incertains (puisque la perception de ces biens dépend d'un fait aléatoire, tel que la mort ou la survie de l'assuré). Le contrat d'assurance-vie est donc comparable à une opération d'épargne (dans laquelle on renonce à la propriété et à la disponibilité des biens présents en échange de la propriété et de la disponibilité de biens futurs), mais d'*épargne perfectionnée*, car il permet de percevoir un capital important dès l'entrée en vigueur du contrat, à condition que se produise l'évènement aléatoire prévu (par exemple, le décès de l'assuré). Car ce capital perçu en cas de décès ne pourrait avoir été accumulé que par un autre procédé d'épargne traditionnelle (opérations traditionnelles de *mutuum* ou prêt), au bout de nombreuses années. C'est-à-dire que, grâce aux contrats d'assurance-vie, au calcul des probabilités concernant les taux de mortalité et de survie et au principe du mutualisme ou partage des pertes et des sinistres entre tous les assurés, sur lequel repose l'institution, *il est possible, au cas où se produit le fait causant, de disposer, dès le premier moment, d'un capital important qu'on n'aurait pu accumuler qu'au bout de nombreuses années par d'autres procédés.*

L'assurance-vie est, en outre, un contrat à long terme, composé d'éléments complexes de type financier et actuariel et qui exige l'investissement prudent de ressources importantes, dont la disponibilité est transférée aux organismes professionnels (compagnies et mutuelles d'assurances-vie) ; ceux-ci doivent constituer et investir les provisions, dont on calcule mathématiquement qu'elles sont nécessaires pour pouvoir faire face au paiement futur des engagements pris. Ces provisions sont dites « mathématiques » parce qu'on peut calculer, avec une probabilité de ruine aussi petite que l'on veut, le montant des provisions à couvrir pour faire face à toutes les prestations garanties ; ce calcul est fonction du calcul des probabilités concernant les décès et les survies prévus par les tables de mortalité (qui présentent un indice élevé de fiabilité et de stabilité pour la plupart des populations occidentales). On verra plus loin les différences radicales séparant, du point de vue économique et financier, l'assurance-vie et le contrat de dépôt irrégulier avec réserve fractionnaire ; celui-ci ne permet pas, à la différence de l'assurance-vie, l'application du calcul des probabilités, car l'existence de l'institution (banque avec réserve fractionnaire) n'est pas complètement indépendante de la répétition de phénomènes récurrents de retrait massif de dépôts. L'existence, du

⁴⁴ Cela fait que la vente d'assurances-vie, qui suppose une discipline d'épargne pendant de nombreuses années, soit beaucoup plus difficile que celle d'autres produits financiers, vendus avec la garantie, pour le client, de conserver constamment la disponibilité de son argent (dépôts). C'est pourquoi la vente des assurances-vie utilise une coûteuse structure de réseaux commerciaux d'agents, alors que le public va de lui-même et *motu proprio* déposer son argent dans les banques. Les compagnies d'assurances-vie encouragent et favorisent l'épargne volontaire à long terme, tandis que les banques créent, à partir du néant, des crédits et des dépôts sans que personne ait été obligé de se sacrifier préalablement pour les économiser.

droit de *rachat* de l'opération, dans certains types d'assurance-vie, fait apparaître une difficulté supplémentaire. Il consiste dans le fait que les assurés peuvent résilier le contrat et obtenir, en espèces, la valeur mathématique de liquidation de leur assurance. Certains auteurs ont défendu l'idée que, dans les catégories comprenant le droit de rachat, la situation est très voisine de celle du contrat de dépôt irrégulier de monnaie avec réserve fractionnaire.⁴⁵ Il faut alléguer, contre cette opinion, que l'existence ou non d'une opération de dépôt irrégulier dissimulée dépendra, en définitive, du véritable motif, intention ou cause subjective du contrat effectué. Si, comme c'est l'habitude dans les contrats traditionnels d'assurance-vie, la partie contractante fait l'opération avec l'intention d'épuiser le délai et n'est pas consciente d'avoir une somme déposée à vue et disponible à tout moment en vertu de la clause de rachat, il est clair qu'il n'y a pas dépôt irrégulier mais contrat d'assurance-vie traditionnel. Car ce type de contrats se vendent avec l'idée que le rachat est une solution « extrême », qu'on ne doit utiliser que dans des cas de très grand besoin de la famille, qui ne permettent pas de poursuivre le paiement d'une opération si nécessaire à la tranquillité de tous ses membres.⁴⁶

On observe, cependant, depuis ces derniers temps, une pression continue exercée par les banques et d'autres institutions financières pour estomper et effacer les frontières et les différences essentielles qui séparent traditionnellement le contrat d'assurance-vie et les contrats bancaires de dépôt.⁴⁷ On a vu ainsi apparaître sur le marché de véritables opérations de dépôt de monnaie déguisées sous forme d'assurances-vie. Le principal argument de vente présenté aux clients, dans ces opérations, est qu'ils n'ont pas besoin de s'engager dans une opération d'épargne et de prévision à long terme

⁴⁵ Murray N. Rothbard, "Austrian Definitions of the Supply of Money", dans *New Directions in Austrian Economics*, Louis M. Spadaro (éd.), Sheed, Andrews & Mc Meel, Kansas City 1978, pp. 143-156, et en particulier pp. 150-151. La position de Rothbard est, cependant, pleinement justifiée dans le cas de toutes les nouvelles opérations d'"assurances-vie" imaginées pour simuler un contrat de dépôt.

⁴⁶ De plus, l'exercice du rachat comporte traditionnellement une pénalisation financière importante pour l'assuré ; elle résulte de la nécessité d'amortir les fortes dépenses initiales d'achat que fait la compagnie durant la première année du contrat. La tendance à réduire ces pénalisations est un indice clair que l'opération ne se situe plus dans le domaine de l'assurance-vie traditionnelle mais dans celui du dépôt bancaire simulé.

⁴⁷ John Maynard Keynes a joué –comme nous le verrons au chapitre VII– un rôle essentiel dans cette corruption des principes traditionnels de l'institution de l'assurance-vie à l'époque (1921-1938) où il était président de la *National Mutual Life Assurance Society*, importante société anglaise d'assurances-vie. Non seulement il favorisa, durant sa présidence, une politique "active" d'investissements très orientée vers le revenu variable –à l'encontre de la pratique traditionnelle– mais il défendit des critères non orthodoxes d'évaluation des actifs (au prix de marché) et même la distribution de bénéfices aux assurés sous forme de bons sur de prétendus "gains" boursiers non réalisés. Toutes ces agressions typiques de Keynes contre les principes traditionnels du secteur mirent sa compagnie dans une situation difficile lors du *crash* boursier de 1929 et de la Grande Dépression, de telle sorte que les autres membres du conseil commencèrent à douter de sa stratégie et de ses décisions ; ils ne s'entendirent plus, et Keynes finit par démissionner en 1938, parce qu'il ne croyait pas, disait-il, que "it lies in my power to cure the faults of the management and I am reluctant to continue to take responsibility for them". Voir John Maynard Keynes, *Collected Writings*, volume XII, Macmillan, Londres 1983, pp. 47 et 114-254. Egalement Nicholas Davenport, "Keynes in the City", dans *Essays on John Maynard Keynes*, Milo Keynes (éd.), Cambridge University Press, Cambridge 1975, pp. 224-225.

payable par fractions, car les fonds remis à la compagnie d'assurances peuvent être retirés à tout moment sans pénalité ni frais (et même avec les intérêts correspondants). On a déguisé ce genre d'opérations sous forme d'assurance-vie pour diverses raisons ; en particulier, pour obtenir les avantages fiscaux que les pouvoirs publics accordent traditionnellement, dans presque tous les pays développés, à l'institution des assurances à cause des effets bénéfiques qu'elle entraîne : promotrice de la prévision et de l'épargne *volontaires* de larges couches de la population, elle favorise la croissance et le développement économique soutenu et non inflationniste du pays. On a ainsi fait de très nombreuses opérations d' « assurance-vie » qui n'en étaient pas ; il s'agissait simplement de dépôts camouflés que le public était encouragé à réaliser, sans effort, en pensant qu'ils pourraient les retirer n'importe quand sans pénalité, s'il avait besoin de son argent ou désirait simplement le mettre dans une autre institution financière. Cela engendra une très grande confusion. On a ainsi inclus, par exemple, dans les statistiques officielles de primes d'assurances, des chiffres correspondant à des opérations étrangères à l'institution et qui n'avaient rien à voir avec elle (les dépôts bancaires) ; les opérations traditionnelles d'assurance-vie en ont été très estompées et discréditées à cause de la grande confusion régnant sur le marché.⁴⁸

Il semble, heureusement, que les choses reprennent leur place : aussi bien les assureurs privés traditionnels que les autorités publiques commencent à se rendre compte qu'il n'y a rien de pire pour les assurances que de favoriser la disparition des frontières la séparant des dépôts bancaires. Car on commence à reconnaître que tout le monde a souffert de la confusion entre les deux institutions : l'institution traditionnelle de l'assurance-vie, qui a perdu une grande partie de l'aide fiscale dont elle bénéficiait et s'est vue contrôler de plus en plus par la banque centrale et les autorités monétaires de chaque pays ; les banques, qui ont souvent capté des ressources issues de véritables dépôts (déguisés en assurances-vie) qu'elles ont ensuite voulu investir à long terme, au préjudice de leur solvabilité ; et, enfin, les autorités publiques de contrôle, qui ont vu l'institution de l'assurance-vie leur échapper, car elle se trouvait très estompée et englobée, en grande partie, par une autre (la bancaire) qui lui était étrangère et dont l'assise juridique et économique laisse beaucoup à désirer.

⁴⁸ Il s'est, en somme, produit un *mirage* reflétant d'apparentes croissances exorbitantes des ventes d'assurances-vie qui n'étaient pas réelles, puisqu'elles correspondaient en réalité à des opérations radicalement différentes et étrangères à l'institution, comme celle du dépôt bancaire avec réserve fractionnaire ; ces chiffres ne sont donc plus spectaculaires si, au lieu de les comparer avec les chiffres de l'assurance-vie traditionnelle (beaucoup plus modestes, car elle suppose, pour la famille, un sacrifice et un engagement à long terme d'épargne et de prévision), on les compare avec le montant global des dépôts bancaires de chaque pays (auquel cas ils sont réduits à une fraction peu significative). La considération exclusive, par les statistiques sectorielles, de ce que sont en réalité les contrats d'assurance-vie fait que les choses acquièrent leur juste mesure et que le mirage, dont tout le monde (l'Administration la première) voulait vivre, disparaisse.

Et le bilan de situation de la banque B :

(47) Banque B
Bilan de Situation
 $c = 0'1$ et $k = 0$

Actif		Passif	
Caisse	90.000	Dépôts à vue	900.000
Prêts à V	810.000		
Total Actif	900.000	Total Passif	900.000

Si V retire de la caisse de sa banque le montant du prêt, pour payer U et si U, à son tour, le dépose à sa banque, banque C, qui est, elle aussi une petite banque avec un k égal à 0 et un c égal à 0'1, les écritures de C seront les suivantes :

Banque C

(48) débit		avoir
810.000 Caisse	x à	Dépôts à vue 810.000
729.000 Prêts à T	x à	Dépôts à vue 729.000
729.000 Dépôts à vue	x à	Caisse 729.000

Et le bilan de situation de C :

(49) Banque C
Bilan de situation
 $c = 0'1$ et $k = 0$

Actif		Passif	
Caisse	81.000	Dépôts à vue	810.000
Prêts à T	729.000		
Total Actif	810.000	Total Passif	810.000

Quand T paye son créancier S et que celui-ci dépose l'argent à sa banque, banque D, de petite taille aussi, avec un k égal à 0 et un c égal à 0'1, les écritures seront les suivantes :

Banque D

(50) débit			avoir
729.000 Caisse	x	à Dépôts à vue	729.000
656.100 Prêts	x	à Dépôts à vue	656.100
656.100 Dépôts à vue	x	à Caisse	656.100

Et le bilan de situation de D :

(51) Banque D
Bilan de Situation
 $c = 0'1$ et $k = 0$

Actif		Passif	
Caisse	72.900	Dépôts à vue	729.000
Prêts à T	656.100	Total Passif	729.000
Total Actif	729.000		

On voit ainsi, successivement, que le total des dépôts d'un système bancaire de banques de très petite taille est la somme d'une série qui coïncide avec celle de la formule [8] que nous avons établie à propos de la banque monopoliste :

$$[26] \quad 1.000.000 + 1.000.000 \times 0'9 + 1.000.000 \times 0'9^2 + 1.000.000 \times 0'9^3 + \dots = \sum_{n=0}^{\infty} ar^n ;$$

où $a = 1.000.000$ et $r = 0'9$

Cette somme est égale, à son tour (comme nous le savons depuis la note 27) à :

$$\frac{a}{1-r} = \frac{a}{1-(1-c)} = \frac{a}{c} = \frac{1.000.000}{0'1} = 10.000.000 \text{ u.m.}$$

Comme $a = d = 1.000.000$ d'u.m. initialement déposées, le total des dépôts est donné par la formule :

$$[27] \quad \frac{d}{1-(1-c)} = \frac{d}{c}$$

Cette formule étant identique à celle du multiplicateur de dépôts dans une banque unique monopoliste [14].

Rappelons que :

[28]
$$r = (1 - k) \frac{1 - c}{1 + k(c - 1)}$$

Et comme, dans ce cas, le système bancaire est formé de petites banques et que $k = 0$, en remplaçant k par cette valeur dans la formule [28], on obtient $r = 1 - c = 0'9$, ce que nous savions.

Le système bancaire de banques de petite taille donne lieu, dans son ensemble, à un volume de dépôts (dix millions d'u.m.) et à la création nette d'une expansion de crédit (neuf millions d'u.m.) qui sont *identiques à ceux que nous avons observés à propos de la banque monopoliste, pour laquelle $k = 1$* . On peut offrir un résumé de ces résultats du système bancaire de banques de petite taille comme nous le proposons dans le tableau IV-2.

On observe que ce système bancaire n'est qu'un cas particulier (quand $k = 0$) du système bancaire général (où k est inférieur à 1 mais supérieur à 0). Bien qu'il s'agisse d'un cas particulier, c'est le système bancaire de banques de très petite taille (avec $k = 0$) que l'on utilise généralement dans les manuels, à cause de sa simplicité, pour expliquer la création de monnaie bancaire par le système financier.³⁰

³⁰ Voir, par exemple, Juan Torres López, *Introducción a la economía política*, Editorial Civitas, Madrid 1992, pp. 236-239; et José Casas Pardo, *Curso de economía*, 5^o édition, Madrid 1985, pp. 864-866.